



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Revue de droit d'Assas

N° 22 nov. 2021

Portrait

Philippe Théry ou la liberté universitaire

Par Maxime Brenaut et Sylvain Jobert

Projet

Le contrat au XXI^e siècle

Par Rémy Libchaber

Dossier

Le droit face aux défis de la transition écologique

Par Jean-Baptiste Barbiéri, Isabelle Bon-Garcin,
Charlotte Dubois, Simon Riancho,
Gabriel Sebban, Anne Stevignon,
Antoine Touzain et Marta Torre-Schaub

Perspectives

Droit de la santé

Par Benoît Apollis, Laurent Bloch,
Bertrand Mathieu et Didier Truchet

Rétrospective

Bruno Oppetit, *Droit et modernité*

Par Nathalie Blanc

Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Panthéon-Assas,
12 place du Panthéon – 75005 Paris,
en partenariat avec Lextenso éditions,
Grande Arche – 1 Parvis de La Défense – 92044 Paris La Défense Cedex

lextenso éditions

ISSN n° 2108-1050 (papier)

ISSN n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication :

Stéphane Braconnier

Conseillère de la rédaction :

Emmanuelle Filiberti

Directeurs éditoriaux :

Nicolas Balat et Étienne Casimir

Directrice scientifique : **Cécile Chainais**

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédactrices en chef :

Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert

Chargés de la diffusion :

Simon Husser, Grégoire Lemarchand-Ghica

Chargée du financement :

Mélinda Benhaïem

Chargé de la communication :

Raphaël Galvao

Membres du comité de rédaction :

Mélinda Benhaïem, Loïc Burgun,

Thomas Caracache, Florian Carré, François

Chevallier, Guygonne-Bettina Deker,

Clément Duchemin, Thibaut Duchesne,

Rodolphe Eugène, Raphaël Galvao,

Simon Husser, Éloïse Le Hénaff,

Grégoire Lemarchand-Ghica, Claire Leveueur,

Philippe Morange, Hugo Nadjar, Romain Raine

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Yves Gaudemet,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Michel Humbert,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Yves Lequette,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Laurent Leveueur,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Martine Lombard,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Denis Mazeaud,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,

ancien directeur scientifique de la *revue*

Jacques-Henri Robert,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Louis Vogel,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,

ancien Président de l'Université

La revue peut être citée de la manière suivante :
RDA, n° 22, nov. 2021, p. X
En ligne : www.u-paris2.fr

Quelques mots de la rédaction en chef

Mathilde Gheeraert, co-rédactrice en chef

Si le précédent numéro de la *Revue de droit d'Assas* offrait à ses lecteurs le moyen d'échapper à leur quotidien confiné en les invitant à un voyage, dans le temps et dans l'espace, faisant par là même tomber les frontières entre les disciplines et les époques, c'est au contraire à un retour au présent et à ses lendemains qui chantent et déchangent auquel le présent numéro de la *Revue* les convie.

Or, notre présent apparaît quelque peu... désenchanté.

Certes, notre époque n'a pas le monopole du désenchantement, dont le potentiel lyrique a déjà largement été exploré. C'est ainsi qu'au XIX^e siècle, on lisait avec plaisir les romans de Balzac, Musset, Sainte-Beuve et Gautier, auteurs composant l'école dite « du désenchantement »¹, et qu'à la fin du XX^e, on chantait : « Mais rien n'a de sens, et rien ne va / Tout est chaos / [...] Tous mes idéaux : des mots / [...] Je suis d'une génération désenchantée »² !

Si ce phénomène transcende les générations, dont les maux, *a priori*, différent, – à chacun son époque, à chacun son désenchantement, pourrait-on dire –, ces derniers semblent, à en croire ceux qui l'écrivent ou le chantent, tirer leur source d'une même cause plus profonde : la modernité. Révélant ses tendances destructrices, de l'individu comme de son environnement, la modernité ne rimerait plus nécessairement avec progrès et contribuerait ainsi au « désenchantement du monde », dont elle est indissociable³.

1. Formule consacrée par Paul Bénichou, qu'il a empruntée à Honoré de Balzac.

2. Les amateurs de chansons françaises auront sans doute reconnu ici Mylène Farmer. Nous les prions, ainsi que leur entourage, de bien vouloir nous excuser par avance de l'air entêtant qui les hantera quelques heures au moins, quelques jours au plus.

3. Le « désenchantement du monde », dans la pensée de Max Weber, se traduit par le passage d'une société fondée sur une image magique du monde vers une société fondée sur la science et la raison – autrement dit, vers une société moderne, marquée par la sécularisation et la rationalisation. La société moderne semble donc être par nature une société désenchantée. Ce qui est remarquable, à notre sens, c'est que la modernité paraît produire elle-même du désenchantement, entendu cette fois-ci comme la simple « perte d'une illusion » (Larousse). Ainsi, si la société s'est départie des croyances qui autrefois la fondaient, elle a pu en générer de nouvelles, notamment celle de la coïncidence parfaite entre modernité et progrès. Or, il nous semble que la sécularisation et la rationalisation poussées à l'extrême sont à l'origine d'un certain nombre de maux contemporains, qui nous contraignent aujourd'hui à nous départir de cette nouvelle croyance et qui, ce faisant, nous désillusionnent, nous désenchantent...

Or, le droit, en tant que vecteur de modernité, puisque participant à la rationalisation de la société, n'est pas épargné par le spectre du désenchantement. Et c'est précisément dans celui-ci que Bruno Oppetit a trouvé le fil directeur de ses travaux, qu'il a regroupés au sein de l'ouvrage *Droit et modernité*, devenu un texte majeur de la littérature juridique. Le Professeur Nathalie Blanc lui dédie sa conférence, que les lecteurs pourront (re)découvrir au sein de la rubrique *Rétrospective*. La synthèse et la mise en perspective qu'elle en offre témoignent de l'intemporalité de cet ouvrage et de l'écho qu'il trouve dans notre présent. Mais elles révèlent aussi son optimisme sous-jacent : si le droit moderne est désenchanté, il n'en constitue pas moins un formidable outil pour aller *au-delà* du désenchantement. Ce dernier initie une nouvelle quête de sens et le droit est une clé du renouveau.

C'est ainsi que le présent numéro, tout en prenant acte du désenchantement contemporain, aspire à se tourner vers l'avenir et à relever les défis posés par les grands maux du début de notre siècle. Ces grands maux, ce sont d'abord les crises sanitaire et écologique⁴ que nous traversons. Illusion perdue de bénéficier d'un système de santé infaillible, illusion perdue de disposer de ressources inépuisables, illusion perdue de retrouver sa « vie d'avant »⁵... Nulle surprise donc à la lecture de la Une du *Monde* du 7 septembre 2021, qui révèle que les Français placent « L'épidémie de Covid-19 » et « La protection de l'environnement » en tête des enjeux qui les préoccupent le plus à titre personnel⁶.

Voilà de grands maux, menant à de grands défis, que la *Revue de droit d'Assas* s'est attelée à relever. D'une part, le *Dossier* est dédié au « droit face aux défis de la transition écologique ». De nombreuses branches du droit sont ainsi mobilisées, et les huit articles qui le composent se sont donnés pour ambition d'étudier et d'interroger le rôle que leur matière joue ou a vocation à jouer dans ce projet de grande ampleur. D'autre part, les *Perspectives* sont consacrées aux

4. Pour certains, la seconde englobe la première.

5. Nous faisons ici référence au roman *Illusions perdues* de Balzac, récemment adapté au cinéma par Xavier Giannoli, sous le même titre. Il est d'ailleurs remarquable qu'à l'occasion de l'avant-première du film, les spectateurs lillois ont vu dans ce film un écho à notre monde actuel avec la pandémie, à la propre surprise du cinéaste (<https://www.lequotidienducinema.com/critiques/illusions-perdues-un-triomphe-balzacien/>).

6. Selon l'enquête annuelle « Fractures françaises » réalisée par Ipsos Sopra-Steria pour le journal *Le Monde*, les Français, interrogés à choisir les trois enjeux qui les préoccupent le plus à titre personnel, parmi dix propositions différentes (l'épidémie de Covid-19, la protection de l'environnement, l'avenir du système social, le niveau de délinquance, les difficultés en matière de pouvoir d'achat, le niveau d'immigration, la menace terroriste, la montée des inégalités sociales, le taux de chômage, l'avenir du système scolaire), ont placé « L'épidémie de Covid-19 » et « La protection de l'environnement » en tête (respectivement 41 % et 39 %).

évolutions récentes, à venir ou encore souhaitées pour cette branche du droit en plein essor qu'est le Droit de la santé.

Mais ces grands maux n'épuisent pas les défis juridiques de notre époque contemporaine ; d'autres, moins spectaculaires mais tout aussi importants, posent également aux juristes des défis de taille. En ce sens, le *Projet* du présent numéro est consacré à l'ouvrage du Professeur Libchaber, *Le contrat au XXI^e siècle*, où il invite les juristes à se départir de leurs œillères pour aller observer un phénomène de grande ampleur : le développement de nouvelles opérations contractuelles. Ces dernières, rompant en tout point avec les opérations traditionnellement enseignées, bouleversent la notion même de contrat. Aussi cet ouvrage nous incite-t-il à repenser le fond de notre droit des contrats et, plus encore, nos méthodes de recherche et d'enseignement en la matière. Il y a là un défi majeur à relever, tant le poids des traditions pèse sur notre discipline. La liberté universitaire sera alors l'outil indispensable pour y parvenir, et nous pouvons, à ce titre, nous inspirer de l'exemple du Professeur Philippe Théry, qui, selon ses *Portraitistes*, incarne pleinement ce principe fondamental.

Pour conclure, nous aurons à l'esprit ce mot de Balzac : « Je pense à ceux qui doivent trouver quelque chose en eux après le désenchantement »⁷. Dans ce nouveau numéro, la *Revue de droit d'Assas* pense à ses lecteurs et leur propose, dans le cadre de leur quête de sens post-désenchantement, des clés de réflexion et d'action. Voilà donc le numéro de tous les défis, et nous espérons qu'il donnera l'envie à nos lecteurs de les relever.

Quant à son propre défi, à savoir celui de publier un nouveau numéro à chaque automne et à chaque printemps, la *Revue* peut toujours compter sur sa formidable équipe. Un grand merci à Cécile Chainais, directrice scientifique de la *Revue*, à Jeanne de Dinechin, co-rédactrice en chef, ainsi qu'à tous les membres du comité de rédaction qui ont participé à la relecture d'articles ou à la diffusion de ce beau numéro.

Excellente lecture à toutes et tous !

7. C'est sur cette citation que se conclut le film de Xavier Giannoli.

Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef p. 1

Portrait

Philippe Théry ou la liberté universitaire
Maxime Brenaut et Sylvain Jobert p. 7

Projet

Le contrat au XXI^e siècle
Rémy Libchaber p. 12

Variétés autour du Droit

Les travaux dirigés à distance : des mots,
rien que des maux ?
Florian Carré p. 24

La question prioritaire de constitutionnalité,
vecteur de la concurrence des droits
Alia Karam et Léopold Villain p. 29

Dossier

Le droit face aux défis de la transition
écologique

Les dynamiques juridiques et judiciaires
de la gouvernance climatique
Libres propos autour de la construction
d'un droit du changement climatique
Marta Torre-Schaub p. 35

Faut-il punir l'écocide ?
Réflexion sur le droit pénal face
à la délinquance en col vert
Charlotte Dubois p. 46

Le droit des obligations face aux défis posés
par la transition écologique
Anne Stevignon p. 67

La « dépatrimonialisation » des droits
à produire en matière environnementale

Réflexion à partir du (futur ?) quota carbone
individuel de transport aérien
Gabriel Sebban p. 79

Réflexions sur les garanties financières
environnementales
Antoine Touzain p. 90

La Corporate sustainability
Jean-Baptiste Barbiéri p. 97

Le rôle du droit dans le développement
durable (exemple du transport combiné
rail-route)
Isabelle Bon-Garcin p. 108

Le droit du travail face aux défis
de la transition écologique
Simon Riancho p. 120

Perspectives

Droit de la santé
L'avenir du droit de la santé
Didier Truchet p. 132

Brèves remarques sur le droit de la santé
Benoît Apollis p. 135

Brèves observations sur les évolutions
récentes de l'appréhension de la vie humaine
par le droit
Bertrand Mathieu p. 140

L'avenir du droit de la responsabilité
médicale ou l'illusion d'une nouvelle
responsabilité
Laurent Bloch p. 145

Rétrospective

Bruno Oppetit, *Droit et modernité*
Nathalie Blanc p. 150

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Benoît APOLLIS, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Assas

Jean-Baptiste BARBIÈRI, Maître
de conférences à l'Université Panthéon-
Assas, Membre de l'IRDA Paris

Nathalie BLANC, Professeur à l'Université
Sorbonne Paris Nord

Laurent BLOCH, Professeur à l'Université
de Bordeaux

Isabelle BON-GARCIN, Professeure
à l'Université Lumière Lyon 2, Directrice
du M2 Droit des transports et de la logistique

Maxime BRENAUT, Professeur à l'Université
de Bordeaux

Florian CARRÉ, Doctorant contractuel
chargé d'une mission d'enseignement
à l'Université Panthéon-Assas

Jeanne de DINECHIN, ATER à l'Université
Panthéon-Assas

Charlotte DUBOIS, Professeur à l'Université
de Bourgogne, Membre du Centre
Innovation et Droit (CID EA-731)

Mathilde GHEERAERT, Doctorante
contractuelle à l'Université Panthéon-Assas

Sylvain JOBERT, Professeur à l'Université
d'Angers

Alia KARAM, Étudiante de l'École de droit
de l'Université Panthéon-Assas

Rémy LIBCHABER, Professeur à l'Université
Panthéon-Sorbonne

Bertrand MATHIEU, Professeur à l'Université
Panthéon-Sorbonne, Conseiller d'État
en service extraordinaire

Cécile PÉRÈS, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas

Simon RIANCHO, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Assas

Gabriel SEBBAN, Docteur en droit
de l'Université Panthéon-Assas, Post-
doctorant à l'Université Panthéon-Assas

Anne STEVIGNON, Docteur en droit
de l'Université Panthéon-Assas, lauréate
du prix Carbonnier 2020, Post-doctorante
à l'Université Panthéon-Sorbonne –
projet FinClimLex pour l'Ademe

Marta TORRE-SCHAUB, Directrice
de recherche au CNRS, Directrice du GDR
ClimaLex, Institut des sciences juridique
et philosophique de la Sorbonne –
Université Paris I

Antoine TOUZAIN, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Assas

Didier TRUCHET, Professeur émérite
de l'Université Panthéon-Assas

Léopold VILLAIN, Étudiant du Collège de droit
de l'Université Panthéon-Assas

Portrait

Dans chaque numéro, la *RDA* dresse le portrait d'un enseignant-chercheur qui, par son parcours, a laissé une empreinte dans le monde juridique.

Philippe Théry ou la liberté universitaire

Maxime Brenaut

Professeur à l'Université de Bordeaux

Sylvain Jobert

Professeur à l'Université d'Angers



Le 8 avril 2019, au cours d'un bel après-midi – soit une situation impliquant un soleil radieux sans menace de pluie, authentique rareté à Paris fors en période de confinement –, le professeur Philippe Théry dispensait son dernier séminaire dans le Master 2 Droit privé général de l'Université Paris II Panthéon-Assas avant de prétendre à l'éméritat. Pour la circonstance, point de délocalisation en grande pompe dans un amphithéâtre : le séminaire eut lieu ordinairement en salle 3 du centre Panthéon, le sujet du présent portrait goûtant peu l'idée qu'un quelconque hommage solennel pût lui être rendu à cette occasion. Ce fut donc à son insu, et en petit comité – de la façon la moins solennelle possible, en somme –, que quelques « collègues » vinrent assister à ce

dernier cours, se glissant au dernier rang d'une petite salle remplie, sous le regard mi-surpris, mi-agacé du professeur. À l'issue de ce séminaire, nul discours sur la carrière écoulée : Philippe Théry tint simplement de fort beaux propos sur *le droit* – ce qu'il est et ce qu'il devient – à destination d'étudiants qui avaient fini par comprendre, à mesure que la salle s'emplissait d'universitaires, d'anciens élèves, d'amis (plaisir d'être de ceux-là, honneur d'être de ceux-ci), ce que leur dernier cours avait de particulier.

Lorsque Cécile Chainais et la *Revue* nous proposèrent de brosse le portrait de notre ami et mentor, nous nous remémorâmes cet épisode printanier, constatant que nous y pourrions puiser, somme toute, matière à introduire ledit portrait bien plus qu'à le peaufiner... Que le lecteur ne s'y trompe pas : nous n'étions pas totalement démunis puisque, depuis 2008 – date de notre rencontre au sein d'une équipe de travaux dirigés en droit des sûretés, matière dont le cours magistral était alors assuré par... Philippe Théry –, nous avons eu l'occasion de collecter un certain nombre d'anecdotes¹, distillées au fil des

1. Loin de concerner toutes l'université ou le droit, tant s'en faut : Bach, bien sûr, mais aussi, entre autres, les restaurants asiatiques, Chesterton, le cinéma, le vin, Florence ou la cuisson du foie gras auront bien des fois nourri nos conversations de la décennie écoulée.

nombreux et fameux dîners d'équipe devenus plus tard des déjeuners d'ancienne équipe. Le tableau, pourtant, demeurait inachevé. Pour le parfaire, quoi de mieux – quelques années après – qu'une invitation à déjeuner ? L'occasion était parfaite, à ceci près qu'elle intervint durant l'un des épisodes de l'interminable crise sanitaire, qui empêchait les gastronomes de se réunir. Rendez-vous fut donc pris au tout premier jour de la réouverture des restaurants : c'est donc un entretien aux couleurs d'une liberté recouvrée que notre invité, venu depuis Le Touquet à moto – comme à son habitude – mais sans nœud papillon – une fois n'est pas coutume ! –, eut la gentillesse de nous accorder.

Au gré de la discussion à bâtons rompus, il nous a semblé qu'un *verbatim* exact de questions-réponses bien ordonné aux allures de sage partie de ping-pong ne rendrait qu'infidèlement compte de nos échanges, faits d'allers et retours intempestifs dans le temps et dans l'espace. La liberté du ton – Philippe Théry et Marsannay obligent ! – s'avérait rétive à la forme de l'entretien. Comment, dès lors, articuler ce portrait ? Pourrait-on déroger au sacrosaint plan en deux parties, deux sous-parties ? « *Tout le temps, on peut se le permettre !* », nous lança Philippe Théry, au cours de la conversation, à propos de ce canon dichotomique. Et de poursuivre : « *Je trouve ce formalisme assez sot s'il est obligé. Et le résultat c'est que les étudiants ont cette impression – qui est la pire que l'on peut avoir – qu'il y a le fond, la forme... et le plan ! Un plan doit convaincre l'auditeur, le lecteur; il faut donc présenter ses idées de la façon la plus convaincante possible, c'est tout !* ». Suivons en conséquence le cours naturel des choses, librement, pour, au fil de quelques repères biographiques et de bribes de discussion, tenter de convaincre le lecteur de ce portrait – si cela était encore nécessaire – de la liberté de son (de notre) modèle.

L'étudiant. – Un modèle libre qui commença ses études de droit à une époque réputée, elle aussi, très libre, puisque Philippe Théry rejoignit les bancs de la Faculté de droit de Nanterre lors d'une année universitaire anodine : 1967-1968. Le choix du droit n'était pas tout à fait un fruit du hasard, le nouvel étudiant étant issu d'une famille de juristes. C'est d'ailleurs avec une idée bien précise en tête qu'il s'inscrivit à l'université : « *J'avais l'intention d'être avocat... ce qui prouve que je n'avais pas beaucoup de suite dans les idées !* ». De cette période, ce sont sans doute les enseignements de Malaurie dont Philippe Théry conserve le plus de souvenirs, émus, et pour cause : « *Je dois être l'étudiant qui a eu le plus Malaurie; à Nanterre, je l'ai eu en droit civil en première année, en deuxième année, en troisième année et en quatrième année, en droit du commerce international et en droit international privé* ». Plus que cette récurrence, la façon de faire cours de l'éminent auteur, qui alliait rigueur et liberté, marqua l'étudiant autant que le mélomane : « *les cours de Malaurie étaient des cours dans lesquels il y avait des cadences, comme en musique : le soliste partait sur une improvisation et retombait exactement sur la note qui permettait de reprendre la partition* ». Au-delà, il n'est pas impossible que le goût pour la recherche de Philippe Théry puisse trouver, sinon son origine, du moins son développement dans ces enseignements. Si la rédaction d'un mémoire de droit international public sur Berlin en troisième année ne lui laisse qu'un vague souvenir, en revanche les cours de droit international privé de Malaurie, en quatrième année, demeurent inoubliables : « *Il avait fait le cours en commençant par le renvoi, ce qui avait déconcerté l'auditoire; s'il y avait encore des étudiants au premier semestre, au second semestre, nous n'étions plus qu'une dizaine, pas plus, dans les grands amphithéâtres de Nanterre. Malaurie a alors supprimé son cours et a transformé cela en ce qui est exactement un séminaire de doctorat : un thème à étudier toutes les semaines, et nous étions tenus de faire un exposé; comme à l'époque j'ai-*mais* beaucoup le droit international privé, c'était extraordinaire de pouvoir travailler ainsi* ». Par la suite, Philippe Théry intégra l'Université de Paris II en DES (diplôme d'études supérieures), préalable nécessaire à l'inscription en doctorat. Outre qu'il y retrouva Malaurie, cette étape l'éloigna un peu plus du Palais pour le rapprocher de l'Université : Michelle Gobert lui proposa des travaux dirigés à la Faculté de droit de Sceaux et l'expérience se révéla plus qu'enthousiasmante. Chemin faisant, l'étudiant oubliait ainsi son plan initial pour s'engager, librement, sur la voie universitaire.

Le doctorant. – Sous la direction de Perrot, Philippe Théry entreprit la rédaction d'une thèse désormais classique intitulée « *Pouvoir juridictionnel et compétence* », dont la jurisprudence actuelle gagnerait à s'inspirer davantage. En vérité, le thème en fut esquissé dès le DES : « *j'ai fait un exposé avec Perrot sur l'application du contredit aux incidents de compétence internationale. Il m'a dit : "vous*

devriez faire une thèse là-dessus" . *Trois mois après, je suis allé le voir et lui ai dit : "écoutez, Monsieur, je pense qu'il n'y a pas matière à faire une thèse, tout au plus un article. En revanche, si vous en êtes d'accord, j'ai trouvé quelque chose dont on ne parle pas du tout en droit français" ; et il en fut d'accord* ». Pendant la rédaction de cette thèse, un poste d'assistant fut proposé au doctorant, qu'il accepta pour mieux exercer ensuite sa liberté d'en démissionner, au bout des cinq ans qui étaient la durée normale de ces fonctions : *« je suis alors rentré au Cridon [Centre de recherches, d'information et de documentation notariales]. Perrot était très inquiet parce qu'il pensait que je ne terminerais pas ma thèse* ». En novembre 1981, les craintes furent levées : la thèse fut soutenue devant un jury présidé par Perrot et composé de Catala, Foyer, Paul Lagarde et Jacques Normand.

L'agrégatif. – L'année d'après, c'est la voie du concours d'agrégation que choisit d'arpenter le tout jeune docteur, qui trouve sur son chemin un jury présidé par Jean Savatier, aux côtés duquel siégeait notamment... Malaurie ! À l'instar de telles retrouvailles, la route fut manifestement agréable : *« J'ai gardé un très bon souvenir de cette période, parce que je ne faisais plus rien. Je veux dire que je continuais au Cridon à mi-temps mais je ne donnais plus de travaux dirigés à Paris II et j'avais terminé un cours à Metz que m'avait proposé Stéphane Rials. J'avais un temps quasi infini devant moi* ». Ce temps fut mis à profit pour préparer les épreuves, en compagnie de Laurent Aynès et de Jean-Michel Olivier : *« Nous nous donnions des sujets entre nous, chacun le préparait dans la journée et nous nous retrouvions, le soir, au Cridon* ». Pour cette raison et pour une autre, ce lieu a été important dans la préparation des épreuves du concours : *« Le Cridon m'a appris beaucoup de choses qui m'ont été extrêmement utiles pour la suite, et spécialement pour le concours de l'agrégation. Il fallait, après avoir analysé la situation de fait, donner une solution qui reflète le droit positif, mais sans autre contrainte; je trouvais qu'il y avait là quelque chose de plus libre par exemple qu'un travail en cabinet d'avocat. J'ai toujours pensé que l'assouplissement intellectuel que permettait le travail au Cridon avait été très profitable* ». Les épreuves se succèdent, dont une leçon de 24 heures sur « la sincérité » passée en compagnie d'une demi-douzaine d'équipiers. Agrégé, Philippe Théry reviendra plus tard dans le concours, mais cette fois-ci en tant que membre du jury présidé par Georges Durry, durant l'année universitaire 1996-1997, aux côtés notamment de son complice Philippe Conte. Et ce, avec autant de plaisir que de l'autre côté de l'estrade quinze ans plus tôt : *« C'est un très bon souvenir ! C'est fatigant, mais on ne s' imagine pas combien on peut s'amuser; quand un candidat disait une bêtise, mais en plus la développait... C'était difficile de ne pas rire !* ».

Le jeune professeur. – L'agrégation obtenue, choix est fait de rejoindre l'Université d'Orléans, où Philippe Théry restera en poste pendant huit ans. L'occasion de découvrir toutes les facettes de la vie universitaire : les responsabilités administratives² et leurs vicissitudes³, bien sûr; le lot inévitable de conflits, encore, et jusqu'avec le Doyen d'alors, volontiers évoqués pour insister sur l'aspect le plus précieusement de la profession : *« C'est là que l'on apprend que la liberté des universitaires n'est pas un vain mot !* ». Dans le même temps, du point de vue des enseignements, les besoins conduisent le nouvel arrivant à enseigner le droit civil. Non sans incidence sur sa recherche, qui s'éloigne d'un droit international privé avec lequel il aura connu *« des périodes d'amour et de désamour. Il y a quelque chose qui m'a toujours énervé, c'est le fait que, à l'époque où je faisais du droit international privé, la matière était presque uniquement jurisprudentielle. Les solutions n'étaient pas gravées dans le marbre, la Cour de cassation pouvant changer d'avis : il y avait des cas dans lesquels il était légitime qu'elle change, qu'elle complète, qu'elle assouplisse une règle de conflit... mais, à côté de cela, des auteurs rédigeaient des notes sur des arrêts parce que l'on était dans un cas où la règle de conflit était un peu claudicante et affirmaient "il faudrait refaire complètement la règle de conflit". On avait l'impression qu'ils se fichaient au fond complètement de savoir ce qu'il resterait une fois qu'on aurait démolie la règle de conflit dont ils ne voulaient plus... J'ai toujours pensé qu'une règle de conflit qui fonctionne dans 95 % des cas, c'est quand même très honnête; après tout, pour le reste, il y a le juge qui est là, on peut corriger un peu... mais est-ce que ces auteurs se sont demandés si la règle de conflit déduite*

2. Qui ne manquent pas.

3. Qui ne manquent pas non plus...

des 5 % qui n'entraient pas bien dans la règle de conflit classique résolvait plus que 95 % des cas ? C'était le côté très abstrait du droit international privé, qui était une science presque spéculative où il fallait trouver de jolies choses qui s'articulaient bien. C'est pour ça que, de temps en temps, je n'en pouvais plus du droit international privé ». Cela explique sans doute que l'enseignement de la matière ne lui ait pas manqué par la suite. Quoi qu'il en soit, ces années orléanaises furent agréables, qui lui permirent de croiser Antoine Mazeaud, Louis Vogel, Monique Bandrac ou encore Marie-Laure Niboyet. Par la suite, Philippe Théry enseigna à l'Université de Paris V quelques années avant d'arriver à l'Université de Paris II, dès 1991. Pas plus, il n'y enseigna le droit international privé, ni même la procédure civile !

L'enseignant et son cours de prédilection. – L'on se demandera quels cours, partant, pouvaient à la fois abonder le service et réjouir l'esprit de l'enseignant. L'on pourrait songer au droit des sûretés – dans les cabinets, la notoriété et l'autorité du manuel aux PUF n'ont jamais été démenties depuis sa publication en 1998, malgré l'irruption de réformes essentielles – ou aux procédures civiles d'exécution, si subtilement présentées avec Perrot : « *Voies d'exécution j'aime bien car ça a une telle mauvaise réputation... et il y a quelques fois des étudiants qui viennent me dire : ça m'a intéressé !* ». Mais son cours de prédilection, celui auquel Philippe Théry donnera toujours sa préférence, c'est le cours d'introduction au droit : « *De tous les cours que j'ai faits, c'est celui que j'ai le plus aimé : essayer de faire comprendre le droit à des étudiants qui n'en connaissent rien, expliquer que l'on n'est pas dans un secteur particulier de la philosophie... et puis les étudiants de première année réagissent vite lorsqu'ils ne comprennent pas. Surtout c'est un cours qu'on peut faire plusieurs années de suite, l'auditoire n'est jamais le même !* ». Ce goût de la réaction-discussion directe avec les étudiants, qui favorise la liberté de ton et la belle controverse, Philippe Théry le conservera au point, au sein de son équipe de droit des sûretés, de se charger lui-même d'un groupe de TD, chaque année – une année dans la double-licence Assas-Cambridge, une autre avec les élèves du magistère, une autre encore avec un TD « ordinaire » : « *Les trois m'ont beaucoup plu ; si l'on pouvait faire cela plus souvent, ce serait idéal* ».

Le chroniqueur. – Enseignant passionné, Philippe Théry est encore un chercheur admiré. Dans ses activités de recherche, c'est le rôle de chroniqueur qu'il nous évoque le plus volontiers pour introduire une opinion, très juste, sur la stérile opposition entre théorie et pratique : « *la chronique à la RTD civ. [tenue depuis 2004], c'est très intéressant parce que l'on fait ce qu'on veut* ». Liberté, encore et toujours ! « *On a la place, ce n'est pas une revue dans laquelle on vous dit "écoutez, vous êtes bien gentil mais il y a des praticiens qui vous lisent". Je ne crois pas que les praticiens soient rebelles aux raisonnements théoriques, en tout cas les bons (et les mauvais importent peu, qui de toute façon ne lisent rien). Voilà encore quelque chose qui est presque pire que le plan en deux parties, deux sous-parties : la distinction de l'École et du Palais. C'est d'une stupidité atterrante ! On fait la même chose pour un public différent ; un avocat qui ne veut pas de théorie, c'est consternant ; un professeur qui n'a pas de pratique, ce n'est pas très drôle* ».

L'heureux promoteur de la carrière universitaire. – Et « drôle », pourtant, la carrière peut l'être. Elle doit l'être, chemin buissonnier d'autonomie intellectuelle où il fait bon se promener, cure de jouvence cérébrale où l'esprit, sans cesse, peut s'émerveiller de découvertes et de rencontres. Philippe Théry ne s'y est pas trompé : « *La carrière universitaire ? C'est une carrière extrêmement heureuse : on est très indépendants ; on rencontre des personnes différentes tout le temps, partout ; on ne vieillit jamais car nos étudiants ont toujours le même âge. Il y a bien des choses que j'ai aimées... Et puis il y a tout de même cette liberté intellectuelle qui est extraordinaire ; personne ne peut rien vous dire et, si quelqu'un vous dit quelque chose, eh bien : on s'en fiche ! C'est quelque chose de rare. Si l'on ajoute que le plaisir de l'enseignement est très grand – et puisque l'on a choisi le droit, c'est que cela nous intéresse, alors au fond on cumule tout : une matière qui nous intéresse, l'enseignement qui est quelque chose de passionnant et le tout de façon tout à fait indépendante* ». Une fois encore, l'universitaire n'est pas qu'un pur théoricien isolé dans la tour d'ivoire de ses concepts et solutions ; il gagne à descendre de l'éther des idées et discuter avec la pratique, s'y confronter. C'est l'un des aspects de la carrière qui aura ravi Philippe Théry, notamment lors de la préparation de la réforme des procédures civiles d'exécution en 1991 : « *Il y a des activités collatérales qui sont quand même très intéressantes.*

Si on vous demande de participer à une réforme, par exemple : d'abord réfléchir à ce que l'on peut changer, à ce qui ne peut pas changer... La réflexion sur la matière est toujours passionnante. On a eu une commission qui était composée de magistrats de la chancellerie, d'avocats, de magistrats en juridiction, d'huissiers, donc on avait tous les points de vue sur les questions dont on discutait, ce qui est probablement le mieux. Les commissions universitaires, c'est très bien, c'est intéressant... s'il y a des gens qui ont des opinions différentes sur la matière, c'est bien. Mais ce n'est pas aussi riche que l'expérience qu'on peut avoir avec toutes les professions intéressées. Et le plaisir d'écrire un texte, rédiger un texte... c'est très intéressant ! Essayer que cela soit le plus bref et le plus clair possible ». Mais concision ne rime pas toujours avec précision, à dessein : « C'est aussi, avouons-le, quand on a une hésitation sur un texte, choisir un mot ambigu pour qu'il soit accepté – il ne faut pas en abuser ! – en disant "on verra ce que la jurisprudence en fera" ».

Le jeune professeur émérite. – D'autres étapes importantes auront marqué la carrière de Philippe Théry, qui auraient mérité sans doute quelques lignes évocatrices (ou, plus sûrement, un déjeuner supplémentaire – tous les prétextes sont bons !) : la direction de thèses, l'Institut d'études judiciaires, l'évaluation des centres de recherche, le délicieux exil à Oxford comme professeur invité... Il était déjà trop tard dans l'après-midi, de sorte qu'en guise de conclusion à des retrouvailles passées bien vite, le tout nouveau professeur émérite nous dit avoir conservé de l'ancien jeune agrégé quelques opinions sur l'Université et son avenir : la certitude, d'abord, que « *L'Université ne fonctionne pas avec des oukases* » et qu'il serait grand temps que le Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche comprenne cela ; la méfiance, ensuite, envers ce localisme que les dernières réformes bichonnent plus que de raison : « *Ce n'est pas un tort lorsque quelqu'un veut revenir dans son université ; en revanche le recrutement purement local, j'y suis assez hostile. J'imagine que l'on pourrait avoir des procédures de recrutement un peu différentes : quand on voit ce qui se passe à l'étranger, c'est un peu plus sérieux que d'avoir une discussion courtoise et ensuite de voter ; ce n'est pas la même chose : il y a des rapporteurs qui lisent véritablement les travaux, des questions sont posées ; mais il est vrai aussi qu'il y a une concurrence plus grande à l'étranger, que les salaires sont plus élevés...* ». Mais ces considérations sur l'institution ne se teignent d'aucun regret : « *En tout cas je n'ai aucun regret de m'être trouvé presque par hasard à l'Université ; j'ai découvert ce que je pouvais faire au fur et à mesure !* » Après qu'il nous eut, fidèle à ses habitudes, recommandé un (excellent) restaurant mandchou du 15^e arrondissement, nous nous levâmes, quittâmes le 41 boulevard Pasteur pour rejoindre le Centre Panthéon – quelque soutenance de mémoire attendait Philippe Théry, ou était-ce un cours de master 2 ? –, avant une prochaine livraison de la chronique *RTD civ.* et une relecture touquettoise d'un nouvel ouvrage de droit des sûretés en préparation avec l'ami Charles Gijssbers. Définitivement, l'éméritat ne consistait pas à battre en retraite : et l'universitaire de demeurer fidèle à sa liberté !

Projet

Dans chaque numéro, la *RDA* permet de faire connaître un projet – en gestation, sur le point ou récemment acté – dans un entretien ou un texte rédigé par une personne intéressée à ce projet.

Le contrat au *xxi*^e siècle

Rémy Libchaber

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne

Les rédactrices en chef de la *Revue*, **Jeanne de Dinechin** et **Mathilde Gheeraert**, ont eu la chance de rencontrer, à l'occasion d'un entretien libre en date du 14 septembre 2021, le Professeur Rémy Libchaber, pour évoquer son ouvrage *Le contrat au *xxi*^e siècle*, paru en décembre 2020.

Cet ouvrage, comme le Professeur Libchaber le dira, « est un *incipit* : [il] invite à aller observer un phénomène de grande ampleur. » Ce phénomène de grande ampleur, c'est le développement de nouvelles opérations contractuelles, qui rompent en tout point avec les opérations traditionnellement enseignées. Aussi cet ouvrage s'inscrit-il dans un projet plus grand, qui le transcende : celui de repenser le fond de notre droit des contrats et, plus encore, nos méthodes de recherche et d'enseignement en la matière. Ce sont alors de nouvelles et nombreuses perspectives de recherche qui se dévoilent aux lecteurs.

Le style oral de l'entretien a été conservé.

Jeanne de Dinechin, Mathilde Gheeraert (J.D., M.G.) – Pourquoi avez-vous écrit cet ouvrage ?

Rémy Libchaber (R.L.) – Parce que dans mes incursions de la pratique, je me suis rendu compte qu'il y avait des types contractuels entièrement nouveaux. Ce qui frappe tout de suite, c'est leur forme : ce sont des contrats très longuement rédigés et minutieusement usinés. Pour ce qui est du fond, l'organisation me paraissait un peu différente de celle qu'on rencontre en droit des contrats traditionnel avec des opérateurs économiques français. C'étaient clairement des contrats anglo-saxons, traduits – parfois – en français et parfois soumis au droit français, mais d'abord écrits en anglais. J'ai eu le sentiment qu'il était en train de se développer, à côté du beau droit du Code civil, des « poches » de pratique d'un autre droit.

À partir de là, c'est le professeur qui entre en jeu et qui se demande ce qu'il est censé enseigner : doit-on dispenser des « cours de Code civil », comme le faisait Demolombe, ou plutôt des cours de droit des contrats ? Si ce sont des « cours de Code civil », il faut se limiter à l'enseignement de l'ordonnance de 2016. Je constate d'ailleurs que la plupart des manuels suivent la lettre de cette ordonnance, comme ils suivaient autrefois le Code, avec quelques enrichissements ici ou là ; fondamentalement ils décrivent et glosent la réglementation. Faut-il donc enseigner le Code ou faire ce qu'avait fait Zachariæ, l'ancêtre d'Aubry et Rau, c'est-à-dire penser et conceptualiser la matière à partir de sa réglementation ?

Une année, j'ai fait une tentative en Master 2 et ce fut un échec. Je m'explique : les étudiants étaient enchantés par les perspectives ouvertes ; mais lorsqu'ils ont été interrogés sur le cours spécial et qu'on leur a posé des questions sur la cause ou sur des éléments très techniques de droit des contrats – que j'avais laissé tomber car je m'étais entièrement consacré à la description de la nouveauté –, ils se sont révélés insuffisants. Mes deux collègues, qui faisaient les cours spéciaux, m'ont signalé ces lacunes. Je me suis alors demandé ce qu'il fallait faire : si j'enseignais cette pratique, cela posait des difficultés car c'était en décalage par rapport au Code. J'ai donc lâchement décidé de faire comme tout le monde, c'est-à-dire d'enseigner le Code et d'essayer de montrer, de temps en temps, qu'il y avait autre chose dans la pratique. Le problème, c'est que certaines innovations de ces contrats provoquent des raisonnements tellement différents qu'on ne peut plus utiliser le Code. J'ai notamment beaucoup insisté sur les contrats collectifs : leur *modus operandi* est tellement différent de celui du contrat d'échange qu'on ne peut pas les rapporter l'un à l'autre. Mais il y a d'autres nouveautés pertinentes : les phénomènes de collaboration substitués à l'échange ; la longue durée non répétitive de l'exécution des contrats ; l'obligation de gérer ensemble le devenir du contrat.

Voilà ce qui est à l'origine de ce livre : l'ordonnance de 2016 m'apparaît comme une occasion manquée, parce qu'au fond elle ne se présente que comme une incorporation de la jurisprudence dans la réglementation de 1804 – un *restatement*. Je veux bien admettre qu'il y ait des innovations, comme par exemple supprimer la cause ou consacrer l'imprévision, mais cela ne me semble vraiment pas révolutionnaire. J'ai écrit ce livre pour montrer qu'il se passe quelque chose à côté de la réglementation, qui pourrait être pris en considération : persistera-t-on à faire comme si de rien n'était ou bien admettra-t-on qu'il y a une réalité nouvelle qui attend des réflexions ?

J.D., M.G. – Vous dites que l'ordonnance de 2016 est une « occasion manquée ».
Le qualificatif « manquée » interpelle : « manquée » pour qui et pour quoi ? Cela rejoint la question de l'opportunité de la réglementation de ces nouvelles pratiques contractuelles.
En effet, vous insistez dans votre ouvrage sur la volonté des parties à ces nouveaux contrats d'échapper à toute norme étatique, à tel point que ces nouveaux contrats deviennent des « ordres juridiques autonomes privés ». Finalement, l'enjeu majeur de la réglementation de ces nouveaux contrats, plutôt que de répondre aux souhaits des cocontractants, qui précisément semblent ne pas en avoir, n'est-il pas celui du sauvetage du droit commun des contrats, en tant que droit général applicable à tout contrat ? Plus généralement, à qui et à quoi servirait une telle réglementation ?

R.L. – Pour répondre, inversons le problème : à quoi sert un Code ? À quoi sert une réglementation ? Je crois qu'il y a deux destinataires : il y a tout d'abord le « tout-venant » des parties. Quand on fait un contrat, il faut savoir ce que c'est, ce qu'il y a dedans, car on n'est pas toujours assisté par des experts, avocats ou juristes d'entreprise. Le Code se doit donc d'être un guide qui attire l'attention sur les questions auxquelles il faut prendre garde. On le voit dans la partie sur les contrats spéciaux : la vente est par exemple découpée en phases où sont soulignés les points importants, possiblement litigieux. La réglementation sert ainsi d'abord aux parties. Où voit-on dans le Code civil qu'un contrat collectif est différent d'un contrat bilatéral ? Ce n'est écrit nulle part, ce qui déjà soulève un problème.

Le second intervenant fondamental en droit français est le législateur, ce qui pose la question de l'impérativité. Il y a des règles dont on ne veut pas dans les contrats et qu'il faut interdire, et d'autres que le droit français souhaite imposer. Si on ne présente pas ces nouvelles démarches contractuelles, elles n'apparaissent pas comme des points de réflexion et le législateur n'a même pas l'occasion de se demander s'il a une position sur la question. Je dis « le législateur », mais cela peut être aussi bien tel tribunal ou la Cour de cassation. D'ailleurs, l'une des caractéristiques les plus marquantes dans ces nouveaux contrats, c'est qu'ils s'efforcent de ne pas passer devant le juge étatique, ce qui engendre un phénomène de déperdition au long cours de la connaissance de la pratique par les magistrats, qui est, je crois, très grave. En effet, les conflits sont résolus soit en recourant à l'arbitrage, soit grâce à l'existence de clauses de gestion du processus contractuel. Ces clauses sont-elles acceptables aux yeux de nos règles ? Tant que la question n'aura pas été posée à l'ordre juridique français, on ne le saura pas.

J.D., M.G. – Le problème majeur serait donc que le législateur n’a pas eu l’occasion de se prononcer sur les phénomènes nouveaux engendrés par ces nouveaux contrats. Mais, derrière ce « législateur », n’y a-t-il pas précisément la doctrine, les grands professeurs qui ont contribué à l’élaboration de l’ordonnance de 2016 ? Or, vous mentionnez dans votre ouvrage que certains de ces professeurs avaient connaissance de ces nouveaux contrats, du fait de leur activité de consultation. Vous envisagez d’ailleurs la question de leur responsabilité, puisque ceux-ci ont eu l’occasion, lors de la réflexion autour de la réforme du droit des contrats, de poser les questions que vous évoquez...

R.L. – Une anecdote : plus jeune, j’ai été invité par Pierre Catala à participer à un projet de réforme, qui devait devenir le *Projet Catala*. Durant la première réunion, deux d’entre nous l’interrogeaient sur l’opportunité de tout reprendre : au lieu de garder le plan du Code civil, l’on pouvait envisager de reconstruire, en se demandant notamment pourquoi les Allemands ont construit leur droit sur la base de l’acte juridique et nous sur celle du contrat bilatéral. Catala nous avait alors répondu : « Vous avez raison, mais si l’on va dans cette direction, alors on n’en sortira plus ». C’est le péché originel des réformes : on garde l’empreinte de 1804, sans voir que c’est une façon de prendre la partie pour le tout. Le tout, c’est l’ensemble des manifestations de volonté qui produisent des effets ; la partie, c’est le contrat bilatéral. En conséquence, toute la réglementation est rapportée au modèle du contrat bilatéral, alors qu’aujourd’hui, à mon sens, ce modèle ne peut plus être emblématique de la totalité. À partir de là, je suis en peine de vous dire comment les choses se sont passées : du point de vue des projets de réforme, il y a eu le projet Catala, le projet Terré, enfin le projet de la Chancellerie. Sur la base de ces trois projets, la Commission de la Chancellerie a fait des arbitrages qui devinrent l’ordonnance de 2016. Cette ordonnance ne pense pas la matière.

Pourquoi les enseignants qui connaissent ce phénomène n’en parlent-ils pas ? Je ne peux pas vous le dire car je ne le sais pas. On trouve tout de même de la doctrine sur ces contrats nouveaux, souvent dans les revues ou les ouvrages de droit du commerce international, car les spécialistes de cette matière s’en sont jadis préoccupés. Mais la jonction avec les autres branches du droit ne s’est pas faite. Pourquoi ? Je ne le sais pas.

Ce qui est sûr, c’est que les cabinets d’affaires aiment modérément mon ouvrage. Ils ont la crainte que je dévoile des secrets de famille ; leur clausier, c’est leur richesse. Si l’on souhaitait se montrer original et que l’on voulait faire un travail approfondi, il faudrait faire un clausier à partir de ce qui se fait dans les cabinets d’avocats spécialisés. Notre mode de travail est, je crois, un peu sclérosé : nous attendons toujours la position de la Cour de cassation avant de réfléchir, notamment parce qu’avant qu’elle statue, nous n’avons pas toujours connaissance des phénomènes. Il faudrait un peu sortir de cela et s’informer à la source, c’est-à-dire à partir des activités de la pratique, ce qui n’est pas facile, notamment du fait de l’hyperspécialisation qui fait que chacun se cantonne à son domaine.

Par exemple, un phénomène touche un certain nombre de gros contrats, celui de la gestion interne du contrat, encore appelé *Comité de pilotage*, conçu pour résoudre toutes les difficultés du contrat au fil de son exécution, quand on s’éloigne de ce qu’a été la rencontre des volontés : cela devrait faire l’objet de recherches et de thèses. On pourrait penser aux bourses Cifre, mais je ne suis pas sûr que ce soit une solution car, dans ce cas, la thèse est dirigée par l’entreprise qui est peu encline à dévoiler ses pratiques, de peur que cela se retourne contre elle. Ainsi, dès lors que l’information ne passe plus par la Cour de cassation, – ni par la High Court de Londres, ni par les tribunaux américains, j’ai cité de la doctrine anglaise et américaine à cet égard, et je suis sûr qu’on constaterait la même chose en Italie ou encore en Espagne –, se développe un phénomène de *lex mercatoria*. Les contrats de la pratique sont en train de se développer à bas bruit et ne passent plus devant les tribunaux, ne figurent pas au sein de manuels, du moins en droit français.

Je n’ai pas écrit ce livre pour mettre un point final à la question, car ce n’est qu’une ouverture, un *incipit* : j’invite à aller observer un phénomène de grande ampleur. Pourquoi mes collègues n’en parlent-ils pas ? Je l’ignore, mais je peux dire que pour passer de ce que je constatais à un début de conceptualisation – je dis bien, un début, modeste –, j’ai mis un certain temps. Il y a beaucoup de travail à fournir. Ce n’est pas évident d’essayer de conceptualiser lorsque l’on ne dispose pas d’études préalables ; or là, on n’a presque rien de disponible en droit français, parce que les phénomènes

contractuels nouveaux n'ont pas été envisagés et pensés comme tels. Il faut commencer par un travail d'investigation difficile et ingrat, qui n'a pas été fait pour le moment. J'espère qu'il sera fait à l'avenir. J'aurais le sentiment d'avoir fait œuvre utile si on commençait à se dire : « ce n'est pas possible de traiter un contrat collectif comme un contrat bilatéral ».

Avant l'ordonnance de 2016, Yves Lequette m'avait demandé d'intervenir lors du colloque du Master 2 Droit privé général de Paris II sur le projet d'Ordonnance, et j'ai préparé une intervention sur les contrats collectifs¹. Elle n'a pas été très bien accueillie : on ne comprenait pas pourquoi je parlais de quelque chose qui n'existait pas, alors que cela me semblait important puisque cela existait et répondait à un fonctionnement différent !

Autrement dit, mon livre est une invitation à « sortir du néolithique » – le néolithique étant le Code civil. Attention, je précise que j'ai une admiration sans bornes pour le Code civil ; c'est une œuvre géniale, magistrale, pour son époque. Cependant, les temps changent, les sociétés évoluent et il est arrivé un moment où le droit français a cessé d'être autonome ; il est traversé d'influences, – notamment américaine, relayée par l'influence anglaise –, ce qui entraîne des hybridations. Aujourd'hui je crois qu'il faut essayer d'en rendre compte, ni pour les refuser ni pour les accepter nécessairement. De toute façon vous n'empêcherez pas les praticiens de faire ce dont ils ont envie : ils ne se soumettent ni à la Cour de cassation, ni forcément au droit français, ils insèrent toujours des clauses d'arbitrage et les arbitres nommés sont souvent des praticiens eux-mêmes, ou des grands connaisseurs des contrats nouveaux. L'ordre juridique français n'aurait-il pas des choses à dire sur tout cela ?

J'aurais pu en faire beaucoup plus en termes de volume, car je reconnais que les développements sont souvent allusifs et j'aurais pu, sur de nombreux points, développer énormément. Malheureusement, la crise sanitaire m'empêchait d'aller en bibliothèque. Il y a des années de travail, mais conduites par un seul. J'ai l'impression que si on voulait se donner la peine de chercher ce qui est en train de se passer, on aurait une petite porte d'entrée par ce travail que j'ai fait. Toutefois, il reste toute la maison à visiter ! Ce n'est pas impossible, mais c'est compliqué et cela demande des efforts, notamment collectifs. Alors pourquoi cela n'a-t-il pas lieu ? J'aurais tendance à vous suggérer de poser la question à ceux qui font des manuels. Je pense que l'une des réponses qu'ils vous donneraient c'est que le droit français, c'est le Code civil, tandis que ce que je raconte ici, c'est de la pratique, et non du droit. Or pour moi, épistémologiquement, c'est là une position inacceptable car le droit, c'est ce qui est pratiqué au-delà de ce qui est écrit.

J.D., M.G. – Du moins devrait-on tendre à une coïncidence des deux (droit écrit et droit appliqué)...

R.L. – Idéalement, il faudrait essayer d'écrire tout cela sous forme normative pour voir si c'est possible et ce que cela implique.

Si vous prenez cette simple différence – à laquelle je reviens beaucoup car elle est fondamentale – entre contrat bilatéral et contrat collectif (sur la question, il commence d'ailleurs à y avoir des thèses, comme celles de Suzanne Lequette, Jean-François Hamelin ou François Chénéde). Le *modus operandi* étant complètement différent, les questions qu'il soulève le sont aussi. Imaginons par exemple un contrat collectif pour la conception d'un site internet : si l'une des parties a reçu une information insuffisante, en cas d'erreur ou de dol, si elle s'est trompée ou a été trompée, quelle sera la conséquence ? Deux possibilités : nullité du contrat ou possibilité pour elle d'en sortir. Dans un contrat bilatéral, la question ne se pose pas : c'est nécessairement la nullité car si l'une des parties sort, il n'y a plus de contrat. Mais dans le cas d'un contrat multilatéral, le départ d'une des parties initiales est envisageable ; alors quelle sanction choisir ? Il est dommage que ces questions ne soient pas abordées. Les auteurs n'ont pas le dernier mot mais ils peuvent proposer des solutions : dans une configuration comme celle-là, le plus raisonnable, pour celui qui s'est trompé ou a été trompé, serait de sortir du contrat ; il n'a plus de raison de participer à un projet qui n'est pas le sien. Et si l'on peut le remplacer, pourquoi faudrait-il mettre fin au projet ? La réponse serait évidemment différente s'il est le pivot du projet.

1. R. Libchaber, « Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC* 2015, p. 634.

C'est la raison pour laquelle il faut concevoir de nouvelles solutions : on ne peut pas éternellement transposer celles qui ont été données pour le contrat bilatéral. Pour un praticien, une solution découle d'un cas de figure, les situations ne sont jamais abstraites : face à un problème, c'est en faisant des allers-retours entre pratique et théorie que vous produisez la bonne solution. Quand j'ai écrit cet ouvrage, comme je n'avais pas de cas, je les inventais. Voilà pourquoi j'étais un peu désarmé dans la troisième partie du livre, quand je soulignais les difficultés que l'on pouvait rencontrer : c'était sans fin ! J'aurais pu continuer mais cela aurait produit un traité abstrait, un droit des professeurs qui ne connaissent pas la pratique, en tout cas pas suffisamment. La pratique est d'ailleurs très opaque : il n'y a pas énormément d'arbitrage, les sentences ne sont pas publiées et les arbitres donnent les solutions qui leur paraissent les plus opportunes, comme les juges, sans chercher à rationaliser.

En outre, la pratique ne répond qu'à ses besoins : quand elle a besoin de quelque chose, elle le fabrique. Or, de temps en temps, il y a des raisons que l'ordre public s'y oppose ; on cherche alors à savoir quelle est la règle d'ordre public et pourquoi elle pourrait s'y opposer. Cette recherche devrait être beaucoup plus systématique de manière à sécuriser les contrats.

J.D., M.G. – *Le fait que le législateur de 2016 n'ait pas souhaité mener cette recherche ne serait-il pas lié à la volonté d'accroître l'attractivité du droit français, les opérateurs économiques craignant les règles d'ordre public ? N'a-t-on pas craint que l'introduction de ces nouveaux contrats et de leurs règles applicables, quand bien même supplétives, puisse dissuader les opérateurs économiques de se placer sous la loi française ? En effet, au sein du rapport au Président de la République, la référence à l'attractivité du droit français est omniprésente – elle nous a d'ailleurs menés à consacrer des règles s'éloignant de notre esprit contractuel français traditionnel (on pense par exemple à l'avènement de l'unilatéralisme) ou encore à supprimer des instruments classiques (on pense par exemple à la cause). Mais cette recherche de l'attractivité n'était-elle pas illusoire, sachant que les acteurs de ces nouvelles opérations contractuelles semblent vouloir échapper coûte que coûte à toute réglementation étatique ?*

R.L. – La question qu'il faudrait en réalité se poser serait : « auprès de qui cherche-t-on à être attractif ? » Nous avons perdu la guerre économique, qui a été gagnée par les Anglo-saxons après la Deuxième guerre mondiale. Ils ont donc imposé leurs règles, en droit comme ailleurs. Notre attractivité est désormais secondaire, elle s'exerce à l'égard de certains pays d'Afrique ou d'Orient et tend à se réduire. Je pense que vouloir rester attractif n'a pas de sens quand on a face à soi des modèles aussi puissants que les modèles anglo-américains et servis aussi efficacement par des *law firms* implantées partout dans le monde. L'idée d'attractivité du droit français est, je crois, devenue une illusion qui flatte le narcissisme national. Il se trouve que j'ai été interrogé sur des questions de droit des contrats axées sur les brevets, en matière de téléphonie. J'ai travaillé avec des cabinets anglais, américains, néo-zélandais, australiens et à chaque fois j'ai eu le même sentiment : à leurs yeux, notre droit est sous-développé. Pour une part, parce qu'ils ne le comprennent pas ; mais il n'y a pas que cela. Notre droit ne répond pas à certaines questions pour lesquelles il existe des précédents dans les systèmes de *Common Law*. Quand vous leur dites que la Cour de cassation a statué dans un certain sens, puis dans un sens différent et que vous nuancez avec les juges du fond, ils se demandent de quoi vous leur parlez. Je viens d'avoir à ce sujet une expérience assez désagréable : un juge de la High Court de Londres a écrit, à propos de notre droit : « finalement, en droit français, on fait ce que l'on veut ». Même si ce n'est pas le cas, cela peut être l'impression que cela donne car le droit français est compliqué, subtil et difficile à expliquer à ceux qui n'ont pas baigné dedans. Il comprend beaucoup d'éléments implicites dont on ne se rend plus compte parce qu'on les pratique régulièrement. C'est quand vous êtes devant des étrangers que vous voyez tout le poids de l'implicite. Pour peu que vous ayez un contradicteur qui refuse cette part d'implicite, il peut se révéler difficile de montrer que notre droit est en réalité très sérieux et efficace, en dépit de contradictions apparentes.

Je crois donc que l'on a perdu cette guerre, économico-juridique. Aujourd'hui, ce sont les Anglo-saxons ; demain, ce seront peut-être les Chinois qui orienteront le droit des échanges, internationaux puis nationaux. Les Anglo-saxons ont imposé une certaine vision du droit et c'est cette vision que

j'évoque ici, ou plus exactement l'influence de cette vision, corrigée par la résistance du droit français. Ainsi, qui la prétendue attractivité du droit français peut-elle toucher ? Un certain nombre de pays d'Afrique et d'Orient, sans doute, mais c'est aussi déjà perdu : quand vous n'êtes pas leader international, je doute que vous puissiez sérieusement être un leader régional.

Je ne crois plus à l'attractivité du droit français. La France a été le centre du monde juridique après le Code civil, c'était extraordinaire. Quand le code civil allemand, plus moderne et meilleur, a été promulgué au début du XX^e siècle, il nous a montré qu'il fallait remettre l'ouvrage sur le métier. On ne l'a pas fait. En 2016, on a fait presque pire : on a gardé l'empreinte de 1804 en se bornant à incorporer de la jurisprudence. Un droit qui a deux siècles peut-il être attractif, dans un monde moderne, complexe, technologique ? Je n'y crois pas. Je suis peut-être très pessimiste et désabusé, mais je n'y crois pas. Je pense néanmoins que cette idée est très présente dans l'esprit de certains, mais qu'ils se trompent et que cette volonté de tout sacrifier à l'attractivité du droit français nous empêche de faire un travail sérieux de remise à plat.

Dans le centre de recherches C-RCA de Paris I (Contrat, Responsabilité Contractuelle et Assurances), nous avons entrepris de travailler sur les contrats spéciaux : nous sommes en train de faire l'inventaire de tous les effets envisageables de tous les contrats spéciaux, pour concevoir des « contrats en kit ». L'idée est d'envisager les différentes opérations voulues par les parties pour comprendre celles qui peuvent ou non cohabiter, quelles sont les différentes contraintes, quel en est le régime, de manière à passer par les clauses et non plus par les contrats. C'est une façon d'essayer, à long terme, de repenser le droit français.

J.D., M.G. – *L'une des pistes que vous évoquez au sein de votre ouvrage est en effet de réglementer en s'intéressant aux clauses plutôt que de penser le contrat en tant qu'ensemble. Ce qui semble ressortir de votre propos, c'est que le contrat est devenu un objet tellement complexe qu'on ne peut plus le penser de manière unitaire mais uniquement en pièces détachées. D'ailleurs, en feuilletant ce type de contrat, on se rend compte que tous ses éléments s'appellent « clause » ; le contrat ne serait alors plus qu'un ensemble de clauses. En définitive, il semble que vous suggérez de créer une boîte à outils qu'on utiliserait en fonction du résultat à atteindre...*

R.L. – Oui, tout à fait. C'est aussi qu'à travers certains instruments comme la cause ou l'objet, on regardait d'abord le contrat dans son entier et l'on s'interrogeait sur sa raison d'être. Selon une logique claire, on partait du genre pour descendre progressivement jusqu'aux détails de l'accord des volontés. À partir du moment où l'on supprime ce genre d'outils dans le droit français, même si les anciennes fonctions y demeurent, l'idée d'un contrat unitaire, doté d'un esprit, d'une volonté centrale, recule, se défait, se dissout. Même dans les contrats un peu complexes, on peut distinguer un objet du contrat et des objets partiels multiples, qui sont ceux des clauses. Certes, les clauses forment un ensemble, mais mon sentiment est que les contrats spéciaux d'aujourd'hui – contrats de distribution, d'intégration, de collaboration – sont trop complexes pour les concevoir de façon unitaire.

En outre, le terme de « clause » est ambivalent parce qu'il donne l'impression que la clause est un petit contrat. Il faudrait pouvoir maîtriser les opérations contractuelles et en faire un inventaire pour obtenir un système générateur de contrat, en fonction du nombre de parties et de leurs attentes, comme le linguiste Noam Chomsky avait fait une grammaire générative grâce à laquelle il montrait que par la grammaire, on pouvait prévoir le langage.

J.D., M.G. – *Mais, une fois ces clauses identifiées, que voudrait-on en faire ? En présenter les traits caractéristiques, en faire des outils prêts à être assemblés, prévoir un régime juridique propre à chaque clause, ... ? Ne risquerait-on pas de perdre la vue d'ensemble de l'opération ? Une clause a-t-elle vraiment vocation à produire les mêmes effets dans tous les contrats ? Finalement, la vision synthétique peut-elle réellement être abandonnée au profit d'une vision analytique ?*

R.L. – Vous avez absolument raison de poser ces questions. Cette recherche collective est censée embrasser ces difficultés. Dans une démarche cartésienne, on désarticule les contrats et on essaie d'en

reconstruire le mode opératoire. Prenons l'exemple des garanties : à chaque transfert d'objet interviennent des garanties. Le transfert de propriété ne donne-t-il pas un aspect particulier à ces garanties ? La garantie des vices cachés est-elle la même dans la vente et le bail ? Il faudrait également faire l'inventaire des besoins pour identifier toutes ces opérations élémentaires. Il y aura des questions intermédiaires, comme celle que vous posez. On se demandera aussi si le contrat n'est que la somme des parties ou s'il est autre chose. J'ai toujours considéré que c'était autre chose et, en droit français, c'est effectivement autre chose. Est-ce toujours le cas aujourd'hui ? Je ne sais pas.

Pour tout vous dire, je suis assez discontinuiste dans l'évolution du droit : je pense que les choses se différencient quand les temps changent, même si les mots demeurent. En droit français, on prend souvent la continuité d'un nom pour la continuité d'une idée. Reprenons l'exemple de la garantie des vices cachés : elle s'attachait au vendeur parce que la plupart du temps, le vendeur connaissait les choses qu'il vendait, dans leur détail. Dans les années 1960, le vendeur devient un « vendeur de boîtes » : il ne connaît plus les choses qu'il vend ; il vend une boîte que lui a fournie son fournisseur. Il ne sait pas bien ce qu'il y a dans la boîte : il ne l'a pas ouverte, il n'a pas cherché à démonter l'objet, il ne connaît pas les forces et les faiblesses du produit. Que fait la jurisprudence ? Elle le présume de mauvaise foi. Il y a une logique très forte derrière cela : quand le vendeur connaissait la chose, il était naturel qu'il en garantisse les défauts : s'il la vendait, c'est qu'il pensait qu'elle n'en comportait pas, ou il devait les signaler. Quand il ne la connaît plus, on protège l'acquéreur par une garantie qui est devenue systématique. On parle en 2020 de garantie des vices cachés comme on en parlait en 1804 ; pourtant la raison d'être n'a plus rien à voir.

J.D., M.G. – *Cela rejoint ce que vous disiez tout à l'heure sur le poids de l'implicite. En droit français, on a tendance à écrire peu et à mettre beaucoup de poids dans les mots alors que dans ces contrats très longs, tout est détaillé et aucune place n'est laissée au hasard, qui est éliminé au maximum.*

R.L. – Tout à fait. Cela dit, ce sont des contrats presque illisibles ! Notamment parce que les parties ne parviennent pas toujours à se mettre d'accord et finissent par écrire quelque chose qui n'est pas forcément compréhensible en remettant l'interprétation à plus tard. Cela donne parfois des clauses incompréhensibles, qui naissent d'un désaccord de fond.

L'avantage de vouloir tout dire, c'est que tout le déroulement du contrat est envisagé. Les Français ne font jamais cela : ils partent de grandes idées et du résultat qu'ils souhaitent obtenir, mais ne pensent pas le déroulement du contrat dans ses derniers détails. Il est d'ailleurs intéressant de voir la différence entre les clauses d'interprétation dans un contrat français et dans un contrat anglo-saxon. Dans un contrat anglo-saxon, il peut y en avoir quarante pages ! Pour eux, il est vital de gouverner le contrat en liant le juge pour toutes les hypothèses qui pourraient très éventuellement survenir. En comparaison, le Code civil dispose de quatre articles sur le sujet. Il y a une différence de perspective : les Anglo-saxons veulent aller jusqu'au bout du prévisible. Rien de ce qui arrive au contrat ne doit rester imprévu. Nous laissons quant à nous un énorme volant d'incertitude qui doit être comblé par un juge dans lequel nous plaçons une immense confiance. Les contractants modernes ne souhaitent plus prendre ce risque.

J.D., M.G. – *Peut-être est-ce aussi parce que, comme vous le disiez, les contractants modernes ne veulent pas avoir recours au juge. Ils n'envisagent pas de passer devant les tribunaux.*

R.L. – En tout cas, si cela arrive, le juge sera tenu, lié : on ne le laissera pas prendre l'initiative et transformer le contrat par rapport à ce que les parties ont voulu. Les Anglo-saxons sont très autonomistes de ce point de vue-là. Le droit français admet que le juge y ajoute des obligations selon la nature du contrat. Il y a une plus grande confiance dans le juge et dans la loi – ce qui est normal pour un système qui a été incroyablement légicentré.

L'ordre public est d'ailleurs une notion beaucoup moins connue dans ces systèmes. Il n'existe qu'un ordre public prohibitif, car l'ordre public n'ajoute pas d'obligations au contrat. La conception du contrat est finalement assez différente : si on avait essayé d'enrichir le Code civil en y intégrant la

complexité moderne, on aurait peut-être un droit attractif, car adapté. On ne l'a pas fait et le résultat est que notre droit est hybride : un peu français et un peu anglo-saxon – mais l'original l'emporte toujours sur la copie.

J.D., M.G. – Quand vous soutenez que les contractants modernes ne font plus confiance au juge et veulent tout prévoir, pensez-vous à tout contractant moderne ou simplement au contractant professionnel moderne ? Autrement dit, ce constat s'applique-t-il à tout contrat conclu entre particuliers ou uniquement dans des contextes professionnels ? Le cas échéant, pourrait-on imaginer la création d'un droit commun des contrats conclus entre professionnels, qui trouverait sa place au sein du Code de commerce ?

R.L. – Je vois ce que vous voulez dire mais d'abord, notre *droit commun* n'est plus commun. Le droit de la consommation, par exemple, est un droit commun des consommateurs, c'est-à-dire les non-professionnels, qui se révèle spécial par rapport au *droit commun* du Code civil. Je crois l'avoir déjà dit, mais peut-être n'ai-je pas été suffisamment explicite : je crois que le droit civil n'existe plus, ou n'a plus d'avenir en tant que tel². Les civilistes sont devenus les spécialistes de la qualification et de l'organisation juridique, toutes matières confondues ; ils sont désormais les spécialistes de la théorie générale du droit privé. Le droit civil est désormais la trousse à outils générale du droit. L'individu abstrait qui contracte, je crois qu'il n'existe plus : il y a les consommateurs, les employés, les prêteurs, les professionnels, mais l'idée fondamentale du droit civil, selon laquelle il y a un droit valable pour la Cité, pour le contractant ou l'individu qui n'a aucune autre caractéristique, est dépassée. Que reste-t-il au droit civil ? Il reste que les civilistes sont les mieux formés quand il s'agit de regarder, de découper, de comprendre et de rationaliser les mécanismes juridiques. La formation peut encore servir à cela et de ce point de vue-là, elle joue un rôle formidable.

On pourrait, comme vous l'évoquez, réglementer ces contrats pour les professionnels. Mais les questions de fond sur la définition du contrat collectif, du contrat à long terme ou de la coopération entre les parties, ne peuvent être posées et résolues que par des civilistes et c'est l'intérêt d'un Code civil que d'être le « Code des questions juridiques » – et donc des réponses réglementaires normatives qu'on peut leur apporter. Voilà comment je conçois les choses. Je crois qu'en-dehors de cela, effectivement, le Code civil ne sert plus à rien comme Code.

J.D., M.G. – Le Code civil devrait-il donc devenir la trousse à outils et le lieu de la théorie générale, plutôt que la réglementation des contrats qui pourrait se trouver dans le Code de commerce ?

R.L. – Les civilistes sont devenus les spécialistes du juridique. Aujourd'hui, le droit commun se scinde en fonction des caractéristiques des opérateurs économiques. Pour détecter les grandes régularités qui correspondent à des règles normatives, il faut des civilistes, pas des contractualistes.

Vous avez raison de poser la question d'intégrer un certain nombre de contrats modernes dans le Code de commerce ; mais compte tenu de leur diversité, de leur niveau de complexité et de la rapidité de leurs évolutions, ce serait infaisable. En revanche, essayer d'avoir une boîte à outils pour se référer à une opération économique dans une situation donnée, ce serait pour moi le rôle du droit civil et du Code civil. L'analyse fine des procédés ne me semble pouvoir être faite que par les civilistes. Quand les commercialistes s'intéressent à ces sujets, ils regardent comment faire pour satisfaire les praticiens, ils ne s'attardent pas sur le détail scrupuleux des opérations.

La France est devenue une société différentialiste. Le Code civil est entièrement construit sur l'idée qu'il existe un individu abstrait. Le Code civil, c'est l'enfant de la République – ou la République est l'enfant du Code civil. Ces idées sont fondées sur l'individu abstrait : il naît, vit, meurt, passe des contrats... Or, aujourd'hui, il n'y a plus d'individu abstrait ; il n'y a que des individus concrets, précisément localisés, qui appartiennent à une communauté, à une culture, à une religion et qui requièrent

2. R. Libchaber, « Le dépérissement du droit civil », in Fr. Audren et S. Barbou (dir), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique*, LGDJ, 2018, p. 243.

des règles sur mesures. Cela fait partie de l'évolution des choses mais cela menace le droit civil dans son existence même.

Ce qui reste pour moi au droit civil, c'est que c'est le droit de la compréhension et de l'analyse la plus fine des mécanismes, dans tous les domaines. Je pense que si le droit civil est mort, les civilistes ne le sont pas : ils restent les meilleurs ingénieurs du moteur juridique, qu'il s'agisse du contrat ou du reste.

J.D., M.G. – *Nous en venons à la question de l'adaptation de l'enseignement, que la lecture de votre ouvrage soulève très directement. Si l'on en vient à un changement de rôle du civiliste ou à une nouvelle mission, qui est de comprendre le droit et d'avoir une connaissance très fine des procédés et de la mécanique du droit, ne faudrait-il pas dispenser davantage de cours axés sur la théorie générale du droit ?*

Vous parliez tout à l'heure de l'enseignement en Master 2. Pourrait-on par exemple imaginer d'enseigner les deux aspects : les mécanismes fondamentaux et la pratique actuelle des contrats, en couplant ainsi un cours théorique à un cours pratique ?

R.L. – En doublant les heures, oui ! Mais ce serait évidemment souhaitable...

J.D., M.G. – *Parce que d'après ce que vous écrivez, on a l'impression que l'enseignement universitaire ne traite qu'un aspect du problème...*

R.L. – Cela a toujours été un peu vrai : on apprenait la théorie à l'université et puis on voyait la pratique dans la « vraie vie ». Mais j'ai l'impression qu'autrefois, la différence entre les contrats de la pratique et ceux que l'on rencontrait à l'Université était beaucoup plus faible, car cela restait dans la lignée du Code.

Tout a changé avec l'américanisation de l'Europe et du monde dans les années 1960. À partir de là, il faudrait en effet repenser notre enseignement. Comment ? C'est une question complexe ! Dans ce domaine, l'audace est faible et le conformisme dominant. Il est présomptueux d'affirmer que ce qui est enseigné n'est qu'un tas de vieilleries qu'il faudrait jeter par-dessus bord. Il faut se montrer prudent dans ce domaine. Périodiquement, il y a des évolutions. Quand j'ai dit tout à l'heure « sortir du néolithique », vous n'avez peut-être pas remarqué qu'il s'agissait du titre d'un article de ce rénovateur du droit que fut André Tunc dans les années 1960 – nous sommes ici à l'*Institut Tunc* ! – qui, avec d'autres, proposait d'axer moins l'enseignement sur l'histoire du droit et le droit romain et davantage sur le droit comparé³. Il y a donc de temps en temps des gens qui secouent un peu l'institution et qui sont rejoints au bout de trente ou quarante ans par l'évolution ; mais en matière pédagogique, celle-ci est, je trouve, très lente.

Nous sommes la France, c'est-à-dire un pays qui a été très grand et qui l'est moins ; nous avons du mal à accepter de ne plus être le centre du monde. Quand il y a eu l'ordonnance de 2016, je me souviens de collègues qui se réjouissaient de dire que le droit français allait de nouveau intéresser le reste du monde.

Je crois qu'il y a une pathologie française qui est de croire qu'on est toujours le centre du monde. On est le centre du monde quand on fait des choses qui sont centrales. J'ai vu le projet belge de réforme de droit des biens : ils ont tout repris à la base, ce qui leur donne une liberté formidable. Les Québécois ont fait la même chose. J'ai l'impression que nous, Français, n'arriverons jamais à sortir du plan du Code civil, par attachement historique. Nous sommes un peu comme des gardiens du temple et pourtant, de temps en temps, nous en désaffectons telle ou telle partie pour des raisons d'attractivité, sans voir que ceux auprès de qui nous voudrions être attractifs ne nous regardent pas, et que ceux qui nous regardent et ont imité notre système sont déstabilisés par nos choix.

Je pense qu'il faudrait simplement arrêter d'avoir ce complexe très français. Cela me fait penser à Chantecler, ce personnage d'Edmond Rostand, un coq, qui s'imagine que quand il chante, il fait se

3. A. Tunc, « Sortir du néolithique », *D.* 1957, chron. p. 12 ; et la réponse : H. Batiffol, P. Ourliac et P.-CL. Timbal, « Histoire du droit et droit comparé dans l'enseignement des Facultés de droit », *D.* 1957, chron. p. 205.

lever le soleil. Les Français sont un peu comme ça. Il faut accepter que l'on n'est écouté que quand on dit des choses originales. En reprenant 1804, on n'a rien fait d'original. Comme il y a des relations juridiques internationales où la France continue de peser, l'ordonnance de 2016 a quand même été commentée à l'étranger, quoiqu'il n'y ait rien de vraiment neuf, rien d'important, rien de brillant. Quand les Belges refont leur droit, c'est impressionnant parce qu'ils se donnent la liberté de sortir des clous ; nous, nous ne nous donnons plus cette liberté. Lors du centenaire du Code civil, envisageant une réforme de fond, Philippe Rémy avait dit, je cite de mémoire : « il nous faudrait un premier consul, je n'en vois pas ». On butte aussi sur nos défauts français qui sont sans doute des défauts attachants, mais aussi un peu pesants à la longue.

L'effort d'une refonte exige également du travail : en restant attaché au Code civil, on reprend les réflexions et le travail de ceux qui nous ont précédés ; c'est plus facile, et cela nous permet de ronronner. C'est un peu ce qu'on fait.

J.D., M.G. – *Votre propos invite à repenser le rôle du chercheur, qui devrait se mettre davantage au service de la pratique. La question principale que celui-ci devrait se poser serait alors celle de savoir s'il veut élaborer une belle théorie qui ne sert que rarement ou proposer des outils aux praticiens, qui n'ont pas forcément le temps de penser à la théorie.*

Il semble cependant difficile de s'engager dans cette seconde voie. Par exemple, s'agissant de la thèse, premier exercice de recherche par excellence, dans la majorité des cas, le doctorant ne dispose pas d'expérience pratique de longue durée et son meilleur fonds de recherche est la bibliothèque, qui ne reflète pas la pratique...

R.L. – Il est également vrai que la pratique ne nous aide pas. Si encore elle nous apportait des problèmes pour nous demander de l'aider à les résoudre... mais aujourd'hui, dans les cabinets d'avocats, il n'y a pas d'appétence théorique : les avocats cherchent d'abord des solutions.

On a vraiment un problème de lien entre la pratique et la théorie. Il y a ici quelque chose qui manque. Si l'on prend l'exemple du droit international privé, la période d'excellence fut celle de Henri Batiffol, c'est-à-dire l'immédiat après-guerre. Pourquoi cela a-t-il si bien fonctionné ? Le groupe d'universitaires réuni autour de Batiffol était en lien avec des magistrats, des praticiens et tous discutaient de façon utile : les praticiens apportaient leurs problèmes, les magistrats disaient quelles étaient leurs contraintes et les internationalistes proposaient des solutions – Paul Lagarde, Pierre Mayer, Bertrand Ancel, Yves Lequette, Jacques Foyer... Toute cette génération, qui était extrêmement brillante, s'est placée du côté séminal d'une recherche collective.

Je crois que c'est cela qui nous manque aujourd'hui. Il faudrait s'intéresser à ce que voient les magistrats du fond car ce sont eux qui ont les mains dans le cambouis et qui constatent les choses nouvelles. Quand ce n'est pas eux qui voient les nouveautés, il faut que ce soient les avocats et les praticiens qui s'adressent à nous. On trouve parfois des éléments : il y a eu récemment un numéro de revue sur les comités de gestion des contrats. C'est ahurissant qu'il n'y ait pas de thèse là-dessus, car ce sont des mécanismes importants qui ouvrent de nouvelles perspectives.

Il y a un problème aujourd'hui de remontée de l'information. Je suis assez d'accord avec vous : la théorie n'est belle que quand elle part d'un problème pratique à résoudre, le synthétise, et le résout dans le principe, avant de redescendre pour en montrer les applications pratiques. Pour cela, il faut une collaboration entre les praticiens qui nous parlent de leurs problèmes, les magistrats et les avocats qui nous disent quelles sont les contraintes qu'ils éprouvent, et les civilistes qui proposent des solutions. Je n'ai pas l'impression que cette triade se soit retrouvée dans les années récentes. C'est sans doute très difficile à mettre en place. Il faut beaucoup d'énergie et être un très bon organisateur pour mettre cela sur pied. De temps en temps vous avez un Batiffol ou quelqu'un de cette trempe qui arrive à ce que les choses fonctionnent ; ce n'est hélas pas si fréquent.

Il est vrai aussi que le droit français est un droit aujourd'hui dominé, de sorte que l'effort est un peu humiliant. Tant qu'on ne sortira pas de cette logique en proposant des solutions pratiques innovantes, on n'arrivera pas tellement à dépasser cela.

J.D., M.G. – *N’y a-t-il pas tout de même un lien qui se fait entre la théorie et la pratique, puisque des professeurs, comme vous, sont en lien avec des cabinets d’avocats ? Vous regardez leurs contrats, ils font appel à votre expertise, c’est donc qu’ils trouvent une utilité dans la recherche et la théorie ?*

R.L. – Non, pas vraiment. Leur peur c’est la règle d’ordre public qui risque de détruire leur montage ; c’est leur grande angoisse ! C’est pour cela que dans les cabinets d’affaires, on a souvent recours à des civilistes parce que ce sont ceux qui détectent le mieux la présence de l’ordre public. Ils pourraient faire appel à des commercialistes, ce qu’ils font aussi, mais je pense qu’un bon praticien en sait autant qu’un universitaire sur les sociétés, même s’il n’a pas la même puissance conceptuelle. Alors que repérer l’ordre public en voyant tout de suite là où le contrat peut poser problème, c’est plus subtil et davantage de la compétence des civilistes. C’est principalement pour cela qu’on les recrute : pour bénir des contrats, détecter si un problème d’ordre public peut survenir et parfois attacher au projet le nom d’un professeur pour rassurer les clients.

Je ne suis pas certain que tout le monde soit prêt à des réflexions associant des personnes aux qualités différentes. Quand j’ai essayé de faire lire mon ouvrage en projet à des avocats, aucun n’a dépassé la dixième page. Ils n’ont pas le temps, et ce n’est de toute façon pas leur façon de procéder. Mais je reconnais que je ne suis peut-être pas très accessible.

J.D., M.G. – *Ce n’est pas du tout l’impression que nous avons eue en lisant votre livre.*

R.L. – Oui, mais vous vous préparez à être des universitaires et des intellectuelles. Eux sont des avocats : la lecture leur demandait du temps et n’était pas immédiatement utile. J’aurais bien aimé qu’ils me lisent et me contestent. Je ne sais pas ce qu’il faut en tirer comme conclusion. Je crois aussi que chacun a le sentiment d’avoir un trésor enterré au fond du jardin et pour les avocats, ce trésor, ce sont leurs clauses. Ils craignent que les universitaires leur demandent de leur montrer ce qu’ils font. Quand ils utilisent une nouvelle technique venue d’ailleurs, ils sont réticents à faire un papier dans une revue pratique pour en parler. C’est vraiment dommage car c’est de cela dont on aurait besoin : une fois qu’on voit comment ça marche, on peut réfléchir et commencer à élaborer. Je crois que cela n’aura pas lieu ; disons que si cela avait lieu, j’en serais très étonné.

Pour l’enseignement et la recherche, je ne sais pas bien quoi vous dire. Je crois que vous avez les idées justes c’est-à-dire que la recherche sert à résoudre des problèmes actuels ; mais la difficulté est d’abord de les détecter, et l’on n’y est pas aidé par la pratique.

J.D., M.G. – *Pensez-vous que les jurys de thèse soient prêts à accueillir des travaux sur ces nouvelles réalités ?*

R.L. – Je crois que oui. Si vous thématisez quelque chose d’un peu original mais qui existe et dont on a des traces – des arrêts notamment – je pense que les universitaires les considéreront parce que cela les amuse de réfléchir à des choses nouvelles.

Si on reprend l’exemple des contrats collectifs, il y a eu deux ou trois thèses là-dessus. Ce n’est rien en comparaison de l’ampleur du phénomène, dont on a toujours su qu’il existait, ne serait-ce qu’à travers le contrat de société ou d’association.

Je viens de voir passer un arrêt récent : dans une copropriété, il y avait un copropriétaire qui ne payait pas ses charges, un autre l’a enjoint de les payer et cela a été jugé recevable. Imaginez-vous que dans un contrat collectif où il y a des organes centraux, on pourrait contourner ce centre pour agir directement entre coassociés ? Question évidente, et manifestement incertaine... Il n’y a pas de thèse là-dessus. Je crois qu’il n’y en a pas également parce qu’il n’y a pas beaucoup d’aliment, pas beaucoup d’exemples.

Je tiens beaucoup à l’expression que j’emploie dans mon ouvrage d’« ordre juridique du contrat » car, intuitivement, on voit ce que cela veut dire : c’est une « poche » particulière qui se met en dehors du droit étatique. Évidemment elle est soumise à un droit, mais ce rattachement n’a pas de conséquences. On cherche à emprisonner le juge ; c’est une image, mais je crois qu’elle est assez convaincante. Cela modifie les perspectives qu’on a du contrat mais c’est difficile à faire passer.

J.D., M.G. – Cette expression d'« ordre juridique du contrat », d'« ordre juridique autonome privé », peut apparaître, aux yeux d'un juriste, quasiment inacceptable. Le développement de ces ordres juridiques privés, de cette vie juridique souterraine, pose une question démocratique sur la connaissance du droit : le destinataire devrait être le citoyen et nous devrions être les intermédiaires. Il y a là quelque chose de presque dérangeant...

R.L. – C'est dérangeant ! Nous vivons dans la logique de l'ancien article 1134 : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». La liberté est parfois tellement prise au sérieux que les rédacteurs de contrats refont tout pour leur propre compte, jusqu'aux règles de procédure et d'interprétation, qu'on impose au juge. On ne sait plus à quel droit le contrat est rattaché. C'est pour cela que je reprends l'image de la *lex mercatoria* : je crois que les opérateurs économiques, en s'installant partout dans le monde et en faisant les mêmes contrats ici ou là, se sont donné les moyens d'avoir des poches soustraites à la loi. Je suis très frappé de voir des gens travailler avec des Thaïlandais, des Grecs, des Argentins et produire les mêmes contrats : ils ont tous recours à des cabinets anglo-saxons qui ont, en gros, les mêmes méthodes de base. Qui parle de cette réalité parallèle ? Très peu de monde.

C'est donc à cette idée « d'ordre juridique du contrat » que je tiens le plus, parce que je crois qu'elle est devenue profondément vraie. Je commence à proposer ces questions comme sujets de thèse, pour que les choses bougent.

J.D., M.G. – Tout cela ouvre de nombreuses réflexions, et il est exaltant de se dire qu'il y a encore des champs de recherche inexplorés, des lieux de créativité nouvelle, alors que parfois, lorsque l'on commence une activité de recherche, on entend dire que « tout a déjà été écrit ».

R.L. – Vous êtes le public qu'on craint le plus, mais le plus enthousiasmant. Si le livre vous a stimulés et qu'il y a un écho à ce livre, j'en serais vraiment très heureux. Les jeunes constituent très exactement le public que tout auteur désire, parce que c'est celui qui pose les questions à nouveaux frais. Si on peut produire un effet, c'est sur votre génération qu'on peut le faire car le droit évolue moins par le pouvoir de conviction attaché à une idée, que par le ralliement des générations nouvelles aux idées naguère neuves.

Variétés autour du droit

Dans chaque numéro, la *RDA* donne à tous – étudiants, doctorants, docteurs, universitaires, praticiens, juristes, non-juristes – la possibilité de rédiger une contribution autour du droit, des études en droit, de la vie universitaire, etc.

Les travaux dirigés à distance : des mots, rien que des maux ?

Florian Carré

Doctorant contractuel chargé d'une mission d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

En pleine « crise covid », la nouvelle tombe, en même temps que le premier confinement : le Président de la République annonce¹ la fermeture des Universités, et ce au beau milieu de l'année universitaire. Deux objectifs se croisent alors. D'une part, l'objectif national et sanitaire de freiner la propagation du virus, et ce en empêchant les rapports sociaux, les contacts physiques. D'autre part, l'objectif universitaire et pédagogique de continuer à assurer les enseignements et la formation des étudiants, ce que l'on appellera la « continuité pédagogique ». Face à la « deuxième vague » du virus, cette situation s'est prolongée. L'espoir d'un retour à l'orthodoxie universitaire lors de la rentrée 2020 fut rapidement anéanti par la réalité sanitaire².

Un tel cadre a offert une terre parfaitement fertile à un mode d'enseignement qui, tapi dans l'ombre, attendait patiemment son heure... L'en-

seignement à distance. Le chargé de travaux dirigés se retrouve, presque pantois, en « télétravail » !

L'enseignement à distance est d'abord une histoire de mots (I), une terminologie nouvelle qui nous en apprend beaucoup, *stricto sensu*, sur cette manière d'enseigner et, *lato sensu*, sur la société durant la crise sanitaire. Il est ensuite une histoire de maux (II), un enseignement de crise efficace mais nettement perfectible, qui pourrait finalement s'inscrire dans la durée.

I. Les mots du « télétravail » universitaire

Un modèle de terminologie ? – Loin d'être figée, la langue évolue continuellement. S'épanouissant dans une société en constante évolution, elle ne saurait rester immuable³. La crise

1. Allocution présidentielle du jeudi 12 mars 2020.

2. Allocution présidentielle du 28 octobre 2020.

3. La présente étude se contentera de quelques éléments d'analyse uniquement en linguistique synchronique (F. Neveu, *Lexique des notions linguistiques*, 3^e éd., Armand Colin., p. 134, v. « Synchronie / Diachronie » : « La notion de synchronie désigne un état de langue, étudié sans référence à l'évolution de cette langue dans le temps, c'est-à-dire sans prise en compte des étapes successives du développement qui ont conduit à l'état considéré. »). Elle ne portera aucunement sur une étude plus approfondie en linguistique diachronique (*Ibid.*, p. 135 : « La notion de diachronie désigne l'évolution des faits de langue, c'est-à-dire leur

sanitaire que nous traversons en donne une parfaite illustration⁴.

Nous viennent immédiatement à l'esprit deux nouveaux vocables, désormais sur toutes les lèvres, presque inspirés du monde des *start-up* : « en **présentiel** » et « en **distanciel** ». Ils forment un nouveau duo d'antonymes – dits complémentaires ou polaires⁵. Le premier est un anglicisme, construit à partir du mot *presential*. Bien qu'il ne soit empreint d'une réelle nouveauté, il a peiné à prendre place au sein des dictionnaires. Son emploi de plus en plus fréquent lui a finalement permis de remplacer petit à petit, dans l'usage courant de la langue, la locution « en présence ». Il a ainsi fini par apparaître dans *Le Robert*⁶ ou encore le *Larousse*⁷. Le second est quant à lui bien plus récent. Apparu durant la crise sanitaire pour s'opposer au premier (v. *infra*), son usage désormais extrêmement usuel, chassant à petit feu la locution « à distance », en fait un sérieux concurrent pour une entrée remarquée dans nos dictionnaires⁸.

Ont-ils pour autant déjà gagné leurs lettres de noblesse ? Si l'usage montre qu'ils sont pleinement reconnus et usités, l'opportunité linguistique de ce nouveau duo terminologique a fait réagir jusqu'au plus haut sommet des institutions de la langue française. L'Académie française, qui s'était déjà prononcée durant cette crise sanitaire sur le genre du terme *covid* (optant pour le féminin), conseille⁹ l'emploi des locutions « à distance » et « en présence » plutôt que des termes

« présentiel » et « distanciel ». Derrière ce conseil, se cache une véritable attaque, à peine masquée, envers la pratique consistant à incorporer nombre d'anglicismes dans la langue française. L'Académie évoque un « calque maladroît et peu satisfaisant de l'anglais ». Par ailleurs, le site *France Terme* définit, dans le domaine de l'éducation, la locution « en présence », publiée au *Journal officiel* en 2009, de la manière suivante : « se dit d'un enseignement ou d'une formation qui met en présence enseignants et apprenants ; l'enseignement en présence se distingue de l'enseignement à distance. »¹⁰. Notons enfin que nombre de dictionnaires se refusent à consacrer les termes nouveaux¹¹.

Le débat est donc ouvert. Dans le doute et sans la prétention de trancher cette question, nous nous contenterons de nous inspirer d'une pratique de la Cour de cassation en laissant entre guillemets les termes linguistiquement litigieux, maladroitement usités¹².

Grand incontournable désormais, le mot « **télétravail** » fait également une entrée des plus remarquées dans notre vocabulaire commun et dans certains dictionnaires. Composé du préfixe savant « télé » – issu du grec « *têle* », signifiant « loin, à distance » – et du lexème « travail », il rejoint ainsi la liste des termes évoquant un rapport dans l'espace, une distance, tels que « télévision », « téléphone » ou encore « télescope ». Usité à l'échelle de la société entière, le terme « télétravail » s'impose comme

changement d'un moment de l'histoire à l'autre. La linguistique diachronique étudie donc le changement des constituants du système de la langue dans le temps »).

4. Chacun aura sans doute immédiatement pensé, par exemple, aux termes « reconfinement »/« déconfinement » ou « reconfiner »/« déconfiner ».
5. Au sein de l'antonymie, les antonymes polaires ou de complémentarité sont ceux dont l'énoncé de l'un « équivaut à la négation de l'autre, les deux mots ne pouvant être niés simultanément », F. Neveu, *Lexique des notions linguistiques, op. cit.*, p. 18, v. « Antonymie ».
6. V. à l'entrée « présentiel » : « Qui nécessite la présence des personnes concernées (**par opposition à** à distance, distanciel). *Enseignement présentiel.* » ; cette définition ne paraît pas très heureuse car trop ambiguë, la technologie permettant, dans une acceptation large du terme « présence », de réunir les personnes concernées... mais à distance.
7. V. à l'entrée « présentiel » : « Se dit d'un enseignement à suivre sur place et non à distance ».
8. *Le Robert* l'a même déjà consacré. V. à l'entrée « distanciel » : « Qui se déroule sans présence physique des personnes concernées (**par opposition à** présentiel) ».
9. Article du 2 juillet 2020, Rubrique « [Dire / Ne pas dire] » : <https://www.academie-francaise.fr/presentiel-distanciel>
10. <http://www.culture.fr/franceterme/terme/EDUC47>
11. Il en va ainsi, notamment, du *Dictionnaire de l'Académie française*, du lexique du CNRTL, du *Dictionnaire Littré*...
12. J.F. Weber, au *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, dans la rubrique *Communication, Fiche méthodologique*, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile » : « [...] la Cour veille à ne pas réécrire les décisions attaquées, dont la précision terminologique, voire grammaticale, laisse parfois à désirer, ce qui est imputé ensuite, bien à tort, à la Cour de cassation. Lorsque l'arrêt attaqué comporte un mot impropre que la Cour de cassation évite d'utiliser, le mot est mis entre guillemets afin de bien marquer ses réserves sur cette expression impropre. [...] Il appartient au lecteur avisé de tirer, pour l'avenir, les conséquences de cette invitation discrète à veiller à la précision terminologique. ».

l'expression du travail à distance, par opposition au travail en présence¹³.

Enfin, nous pouvons mentionner pêle-mêle les expressions employant les termes « **virtuel** » ou « **en ligne** », qui sont florissantes. « Amphithéâtre virtuel », « salles virtuelles », « cours en ligne ». Nous en retrouvons également en anglais, comme le « *e-learning* » ; comprenez « l'apprentissage en ligne ».

Le rapide tour d'horizon de cette terminologie nouvelle ne vise pas uniquement à ravir les adeptes de linguistique¹⁴. S'y attarder permet, outre le fait d'en dresser la critique, de déceler les signes linguistiques marquant un phénomène. Dans notre cas, elle nous enseigne que, d'une part, l'enseignement à distance passe nécessairement par la télématique. En effet, une approche onomasiologique¹⁵ le confirme ; on remarque aisément que son champ lexical recoupe très souvent celui des nouvelles technologies et du numérique¹⁶. D'autre part, elle nous indique que la crise *covid* a fait naître une dichotomie inédite entre deux modèles.

L'expression d'une nouvelle dichotomie de modèles. – À l'échelle de la société, la crise sanitaire a entraîné l'opposition claire et marquée de deux modèles antagonistes. D'un côté, le « en présence » ; de l'autre le « à distance ». Si, avant la crise sanitaire, ces deux modèles coexistaient presque en parfaite symbiose, le premier fut banni de tous les pans de la vie sociale au profit du second le temps d'endiguer drastiquement la propagation du virus. Dans cette inversion de paradigme, le « à distance » devint la norme et le « en présence » l'exception. Inversion car jamais le « à distance » n'avait pris le pas sur le « en présence ». Si la technologie et l'informatique ont entraîné une modification dans la

façon de concevoir et de vivre certains rapports sociaux, le « en présence » restait le rudiment de notre société et de l'enseignement universitaire. Le « à distance » n'était qu'accessoire.

Cette dichotomie entre les deux modèles est marquée d'une empreinte linguistique. Le terme « distanciel », fut créé et constitué de la sorte dans le but de répondre, de s'opposer au terme « présentiel ». Cette relation antagoniste, d'opposition sémantique, se traduit par une certaine similitude morphologique d'une part, et phonétique d'autre part. D'une part, les deux termes ont connu le même procédé de dérivation¹⁷. Ils sont formés avec le même grammème (ou morphème grammatical) : le suffixe *-iel*. Ce dernier vient s'accoler aux lexèmes (ou morphèmes lexicaux) « présent » et « distanc ». D'autre part, les deux termes sont très proches phonétiquement. Les différences de graphèmes entre le « a » et le « e », puis entre le « t » et le « c » (s'expliquant par l'inspiration anglaise du terme « présentiel ») n'ont aucune incidence phonétique. Les deux terminaisons sont similaires : [ãsjɛl]. La construction du terme « distanciel » est donc très révélatrice de la société durant la crise sanitaire ; du passage de modèles complémentaires à des modèles concurrents.

Le « présentiel » correspond à l'ancien monde, à l'héritage de nos origines latines ; le monde des échanges physiques, de la bise à pleine joue – parfois interminable selon les us et coutumes –, des franches poignées de mains, et des grandes accolades ou autres embrassades ; le monde des amphithéâtres et des salles de travaux dirigés bondés d'étudiants. Le « distanciel », *a contrario*, correspond au nouveau monde ; un monde virtuel porté par la technologie et l'informatique, sur le modèle des réseaux sociaux, dans lequel

-
13. Étudié au prisme du monde universitaire, il semble toutefois trop réducteur. En effet, il ne vise finalement que la situation de l'enseignant, du professionnel. Sous peine d'une tautologie, il convient de rappeler que l'étudiant, lui, ne travaille pas ; il étudie. Évoquer le « télétravail » revient à l'occulter, à omettre toutes les considérations d'ordre pédagogique. Le terme « téléenseignement » s'avère plus adéquat, ce dernier envisageant les deux faces d'une même pièce : le « télétravail » du chargé de travaux dirigés et le « télécours » de l'étudiant. Le mot « interactif » peut enfin s'adjoindre à l'expression – « **téléenseignement interactif** » – afin de souligner davantage une particularité importante, si ce n'est primordiale, des travaux dirigés.
14. Adeptes à qui nous laissons le soin de mener plus en profondeur cette brève étude linguistique.
15. F. Neveu, *Lexique des notions linguistiques, op. cit.*, p. 23 : « Il s'agit [...] de champs conceptuels, ou notionnels, marquant un domaine d'expérience, auxquels on fait correspondre un ensemble structuré de mots. ». On l'oppose à l'approche sémasiologique.
16. Alors qu'inversement, l'expression « cours par correspondance », anciennement usitée, qui évoque une communication dont instinctivement on imagine qu'elle se réalise par l'échange de lettres, semble par exemple dépassée.
17. Entendu en son sens linguistique de « morphologie dérivationnelle », par opposition à la « morphologie flexionnelle », c'est-à-dire « un procédé de formation des mots qui consiste à adjoindre à une base un ou plusieurs affixes (préfixes et/ou suffixes) » (F. Neveu, *Lexique des notions linguistiques, op. cit.*, p. 42).

les échanges instantanés – puisqu’à la vitesse des ondes, affranchis de la barrière du physique – et dématérialisés se font à coups de *smileys*, de *chats*, de vidéos *Tiktok* ou *Snapchat* ou encore de *reels Instagram*¹⁸. Schématiquement, nous pourrions présenter le « présentiel » comme le monde d’hier et le « distanciel » comme celui de demain. Toujours est-il que la crise sanitaire a fait du second le monde d’aujourd’hui.

Nombre de secteurs d’activités ont dû s’adapter à ce « tout distance » et se réinventer. Chaque activité se devait, afin de pouvoir fonctionner, d’amener le service jusqu’à l’usager. Là réside le point névralgique du « à distance ». L’Université, à l’instar de tous les lieux réunissant physiquement du public, est frappée du même fardeau : elle doit faire parvenir l’enseignement à l’étudiant. L’enjeu est de taille, à savoir offrir aux étudiants une véritable « continuité pédagogique ». Il en va de leur formation mais aussi de leur avenir. Essai transformé ?

II. Les maux du « télétravail » universitaire

Récit d’expérience. – L’exercice est indéniablement nouveau. De multiples interrogations apparaissent avant la première séance : sur l’utilisation de l’application¹⁹, le déroulement de la séance, l’implication des étudiants... Des débuts délicats, voire hésitants, devant l’outil. Nulle boussole, nulle notice, nul conseil des chargés les plus aguerris pour se rassurer avant la grande première. Les entraînements à l’aide de certains proches, interprétant pour l’occasion le rôle d’étudiants, n’y changeront rien.

Finalement, on se lance dans l’arène (virtuelle, bien sûr). Finalement, c’est comme lors des premiers travaux dirigés en présence, se dit-on. Les étudiants sont compréhensifs et d’une aide précieuse. Séance après séance, les rouages s’huilent. Le chargé se règle, les étudiants également. Chacun trouve ses repères. De notre opinion, il serait sévère de le qualifier de simulacre de travaux dirigés. L’enseignement à distance s’est révélé plus productif, plus efficace qu’attendu. Toutefois, il serait exagéré, inversement, d’octroyer aux travaux dirigés à distance les mêmes réussites que son grand frère, son modèle²⁰, les travaux dirigés en présence.

Premier point positif, concédons au moins cela, ils ont permis d’éviter le port du masque ! Ensuite, ce mode d’enseignement permet de garder un véritable contact avec les étudiants. L’échange, la discussion et leur participation durant la séance sont tout à fait possibles. Cet exercice oblige, afin d’intéresser et de mobiliser le plus grand nombre lors de la séance, à privilégier l’oral encore plus qu’à l’accoutumée, ce qui est une bonne chose.

Il faut cependant immédiatement tempérer cette remarque. L’interaction est rendue délicate par plusieurs facteurs. Tous les possibles « problèmes techniques » (problème de connexion, de son, etc.) peuvent considérablement atteindre le rythme de la séance. L’émulation collective est également plus difficile à trouver. Il n’est pas mince affaire de dépasser le sentiment de solitude ressenti par chacun, seul devant son écran²¹. Ajoutons que plus l’effectif d’étudiants est important, plus il sera difficile de mobiliser tout le monde²². En l’état actuel des choses, l’interaction est tout de même moindre qu’en présence, ne serait-ce que qualitativement, et le « présen-

18. Il paraît plus réaliste de ne pas évoquer des réseaux sociaux aujourd’hui dépassés, comme *MSN* ou encore *Facebook*.

19. En matière d’applications, nous n’étions pas en manque. Maintes « plateformes » ont profité de la crise sanitaire pour offrir leurs services à un public toujours plus large. Elles comptent indéniablement parmi ceux qui seront surnommés « les gagnants de la crise ». La demande a explosé, l’offre n’a assurément pas manqué. Le célèbre et historique *Skype*, les petits nouveaux comme *Zoom*, *Blizz*, *Jitsi*, *Livestorm*, ou encore les applications des gros du marché comme *Google Meet* ou *Facetime* ; les outils possibles furent légion.

20. À la réflexion, est-ce réellement son modèle ? Le simple fait de passer d’une salle physique à une salle virtuelle, de passer de l’Université à son écran, ne change-t-il pas tout ? N’est-ce pas, *in fine*, un autre exercice ? À considérer que les deux modes d’enseignement poursuivent les mêmes objectifs pédagogiques, la même finalité, faut-il employer les mêmes moyens afin d’y parvenir ? Autrement dit, les travaux dirigés à distance peuvent-ils – ou doivent-ils – être un parfait calque du « en présence » ?

21. En outre, contrairement à ce que l’on pourrait être amené à penser, cette situation ne libère pas davantage la parole des étudiants timides en classe.

22. Les étudiants sont, en outre, répartis sur plusieurs « pages » d’icônes que le chargé doit constamment balayer afin d’avoir une vision d’ensemble (à moins de travailler sur un écran géant...).

ciomorphisme »²³ des différentes applications n'y changera rien.

Enfin, il est bien plus agréable de mener une séance en présence. Les travaux dirigés à distance clouent devant leur écran les amoureux de la « bougeotte », aimant se balader de rangée en rangée. Ils nécessitent un caractère presque omniscient de la part du chargé, qui doit mener les débats et la séance sur le fond, garder à l'œil l'écran (ou les écrans...) pour ne pas perdre de vue les étudiants, surveiller les éventuelles questions posées dans le *chat*, gérer le téléchargement de supports documentaires, etc.

Outil critiquable, imparfait, assurément perfectible mais tout de même efficace en temps de crise, l'enseignement à distance semble avoir vocation à perdurer.

Et demain ? – Ce type d'enseignement n'est pas nouveau. Il serait faux d'affirmer qu'il est né lors de cette crise sanitaire. À titre d'exemples, le Centre national d'enseignement à distance (CNED) existe depuis 1939, l'Université Paris II Panthéon-Assas a créé depuis 2013 une licence numérique en droit, dans de nombreuses universités les cours sont déjà enregistrés (vidéos ou audios) et disponibles pendant un certain délai sur l'environnement numérique de travail des étudiants. En outre, certains enseignants ont déjà commencé à diffuser régulièrement leurs cours magistraux en direct sur diverses plateformes.

La nouveauté tient à la généralisation de ce mode d'enseignement. Généralisation précipitée et forcée par les mesures sanitaires – certains diront une généralisation d'exception, temporaire –, le débat sur une généralisation pérenne s'installe progressivement.

Ce débat se laissait pressentir. L'évolution de la société et l'essor des nouvelles technologies entraîne des bouleversements dans chaque corps de métier. L'Université et l'enseignement ne peuvent y échapper. La place prise, pas à pas, par l'enseignement à distance, sous différentes formes, amenait inéluctablement à un tel débat. Toutefois, la crise *covid* et cette expérimentation

à l'échelle nationale l'a considérablement avancé. Il est aujourd'hui à nos portes.

Quelle sera la recette de l'enseignement supérieur de demain ? Faut-il revoir l'équilibre entre « présentiel » et « distanciel » mais tenter de conserver une symbiose entre les deux ? Faut-il persévérer dans la dichotomie des deux modèles et opter exclusivement pour l'un ou l'autre (la faveur du moment semblant faire pencher la balance vers un passage progressif au « tout distanciel ») ? Faut-il laisser le choix à l'étudiant entre l'un ou l'autre – ce qui reviendrait *in fine* à devoir assurer les deux – ou faut-il imposer, ne serait-ce que partiellement, un des deux modèles ?

Il faudra sans doute ne pas se limiter aux considérations d'ordre pédagogique, mais également prendre en compte des éléments notamment sociaux²⁴, financiers, écologiques ou logistiques. Aussi, il ne faut pas que le « à distance » permette une augmentation inconsidérée des effectifs de travaux dirigés, en faisant oublier jusqu'à son essence, ses rudiments.

Puiser dans les possibilités offertes par l'enseignement à distance pourrait également permettre de mêler intervalle dans l'**espace** et intervalle dans le **temps**. Il s'agit là des enseignements dits « asynchrones », avec un emploi du temps à la carte pour l'étudiant qui consommera alors ses cours comme sa série *Netflix* ou ses vidéos *YouTube* ou *Twitch*. Les travaux dirigés sont incompatibles avec cette distance temporelle. Mais attention, comme toute chose ce format n'est pas immuable...

In fine, le débat sur les modes d'enseignement, opposant le « présentiel » et le « distanciel », semble cacher un débat plus profond sur les méthodes d'enseignement à l'université et laisse apparaître devant les yeux du chargé de travaux dirigés un épais brouillard sur son avenir et la façon dont il devra enseigner.

« Sauvez l'amphi », écrivait récemment le professeur Denis Mazeaud²⁵... Alors, enseignement de crise ou crise ou de l'enseignement ? Régime d'exception ou futur droit commun ?

23. Par exemple, la possibilité de « lever la main » : un bouton faisant apparaître un symbole de main levée dans l'icône de l'étudiant et ramenant son icône en haut de la page principale.

24. L'Université présente une incroyable richesse sociale en étant un lieu de rencontres et d'échanges pour les étudiants, y compris dans le domaine associatif.

25. D. Mazeaud, « Sauvez l'amphi », *JCP G*. 8 juin 2020, n° 23, 685.

Variétés

L'Association du Collège de droit (L1-L3) et de l'École de droit (M1-M2) a organisé au cours de l'année universitaire 2020-2021 un concours d'articles portant sur le thème « Les dix ans de la question prioritaire de constitutionnalité ». Le travail a été mené à quatre mains, chaque copie ayant été rédigée par deux étudiants, l'un du Collège de droit, l'autre de l'École de droit. Il n'a pas été facile de départager les candidats. Après avoir délibéré, le jury – composé de Jérôme Chacornac, Thomas Genicon et Cécile Pérès – a désigné comme lauréats Alia Karam et Léopold Villain pour leur réflexion sur « La question prioritaire de constitutionnalité, vecteur de la hiérarchie et de la concurrence des droits ». La publication de cet article par la *Revue de droit d'Assas* constitue pour ces étudiants une belle récompense !

Cécile Pérès

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

La question prioritaire de constitutionnalité, vecteur de la hiérarchie et de la concurrence des droits

Alia Karam

Étudiante de l'École de droit de l'Université Panthéon-Assas

Léopold Villain

Étudiant du Collège de droit de l'Université Panthéon-Assas

« À l'échelon de la communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour un dialogue des juges »¹. L'impératif exprimé par le président Genevois prend d'autant plus de force aujourd'hui que la multiplicité et l'enchevêtrement des normes applicables, la diversification des ordres de juridiction² et l'élargissement des champs matériels de compétence conduisent

inexorablement à des rapports de rivalité entre les juges.

L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité dans le système juridique français, qui comportait déjà un contrôle incident de l'inconventionnalité des lois³, est parlante à cet égard. Au-delà même de la préoccupation tout à fait centrale qu'est la protection des droits fondamentaux constitutionnellement garantis, cet

1. B. Genevois, conclusions sous CE Ass., 22 déc. 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit*, D. 1979, p. 155.

2. R. de Gouttes, « Le dialogue des juges », intervention au colloque du cinquantenaire du Conseil Constitutionnel, Paris, 3 nov. 2008, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, hors-série, 2009.

3. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c/ Société des cafés Jacques Vabre et Société Weigel*, D. 1975, p. 497, concl. A. Touffait; CE Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo, RFDA*, p. 819, concl. P. Frydman.

instrument juridique témoigne d'une volonté claire et revendiquée de revenir sur la manière de penser le droit interne vis-à-vis du droit de l'Union européenne et des engagements supranationaux⁴, et ainsi rappeler, dans la lignée de l'arrêt *Mlle Fraisse*⁵, qu'au sein de l'ordre juridique français priment les sources constitutionnelles.

Dans la mesure où la configuration juridictionnelle qui découlait de l'état du droit antérieur pouvait être considérée comme respectueuse des intérêts des juridictions ordinaires⁶, en ce qu'elle octroyait à ces dernières le contrôle incident de conventionnalité, cette prérogative s'est vue directement concurrencée par la nouvelle voie de recours, dotée de surcroît d'un caractère prioritaire.

La question prioritaire de constitutionnalité est venue ainsi, dans « un relent de primat constitutionnel »⁷, bouleverser les habitudes contentieuses et redéfinir en profondeur l'architecture du procès, les stratégies de ses acteurs⁸ et les rapports entre juridictions. Il n'est donc pas surprenant qu'elle ait été l'objet de résistance dès sa genèse⁹.

La question prioritaire de constitutionnalité a aujourd'hui onze ans. Les tensions qu'elle avait éveillées au sein même des ordres administratif et judiciaire se sont aujourd'hui atténuées¹⁰. Il nous semble pourtant que la brèche ouverte par la Cour de Cassation en 2010 dans l'affaire *Abdeli Melki*¹¹, dévoilant les rapports de pouvoirs entre juges, soulève une question toujours actuelle : celle des rapports de hiérarchie *entre*

les droits principalement appliqués par ces juges. Et la question prioritaire de constitutionnalité, en ce qu'elle fait primer le contrôle de constitutionnalité, instaure une forme de hiérarchie entre Constitution et droits européens, qui alimente collatéralement la concurrence entre les juges de ces droits.

Subsiste donc encore aujourd'hui un intérêt à analyser les effets hiérarchisants – et porteurs de concurrence – du caractère prioritaire d'un tel contrôle qui réalisent ainsi la vocation structurelle de cet outil (I). Ces effets, qui transcendent désormais la lutte d'intérêts entre juridictions nationales, mettent en lumière les réalités d'une concurrence des systèmes au sein de l'ordre juridictionnel français, mais que le Conseil constitutionnel s'est évertué à réguler, conciliant ainsi primauté des sources constitutionnelles et respect des exigences européennes (II).

I. Une vocation structurelle : réaffirmer la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne

L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité dans l'ordre juridique français constitue une rupture au regard des rapports d'équilibre établis par le Conseil constitutionnel dans l'application des normes.

En effet, le principe de primauté du droit de l'Union s'étant consolidé à l'échelle européenne¹² et valant même à l'égard des normes constitutionnelles des États-membres¹³, le Conseil, soucieux de le respecter, s'est positionné comme

-
4. S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, LGDJ, 2016, p. 229.
 5. Ass. plén., 2 juin 2000, *M^{lle} Fraisse*, n° 99-60.274, *Bull. ass. plén.*, n° 4, p. 7, *D.* 2000, p. 865, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *D.* 2001, p. 1636, chron. B. Beignier et S. Mouton ; *RTD civ.* 2000, p. 672, obs. R. Libchaber : « la suprématie conférée aux engagements internationaux [ne s'applique pas] aux dispositions de nature constitutionnelle ».
 6. S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.* p. 231.
 7. B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso Éditions, 2013, p. 105, cité in S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 232.
 8. V. sur ce sujet : B. Bernabé et E. Cartier « L'introduction d'un nouveau gène dans le procès », in E. Cartier (dir.), *La QPC, le procès et ses juges*, Dalloz, 2013, p. 5.
 9. V. sur ce sujet : N. Molfessis, « La résistance immédiate de la Cour de Cassation à la QPC », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 89 ; G. Carcassonne et N. Molfessis, « La Cour de Cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 22 avr. 2010.
 10. P. de Montalivet, « QPC et dialogue des juges », *RFDC* 2018/4, n° 116, spéc. p. 928-929.
 11. Cass., Avis QPC, 16 avr. 2010, n° 10-40.002 : « Attendu que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ».
 12. CJCE, 15 juill. 1964, n° 6/64, *Faminio Costa c/ Enel*.
 13. CJCE, 17 déc. 1970, n° C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

« régulateur des rapports de systèmes »¹⁴. Depuis la décision du 10 juin 2004 consacrant l'exigence constitutionnelle de transposition des directives¹⁵ et faisant suite à l'arrêt *Köbler* de la CJCE¹⁶, il a favorisé la réception du droit de l'Union dans l'ordre interne et tenté de diluer les attaches kelséniennes¹⁷, obstacle au développement du projet des ordres juridiques intégrés.

Et pourtant, la révision de 2008 rompt avec le dialogue et l'harmonie que le Conseil a tenté d'établir entre les ordres juridiques. La volonté de réaffirmer la suprématie de la Constitution par rapport aux conventions est à l'origine même de la réforme¹⁸. Elle se constate également à la lecture des travaux parlementaires¹⁹, dans lesquels le projet de contrebalancer la conventionnalité²⁰ est nettement revendiqué.

Permettre le contrôle incident de la constitutionnalité d'une loi au cours d'un procès est une chose ; lui octroyer un caractère prioritaire primant les autres moyens en est une autre et témoigne clairement de la vocation structurante de la question prioritaire de constitutionnalité, par laquelle « le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne »²¹.

À l'aune de ces éléments, il peut paraître légitime de voir dans la question prioritaire de constitutionnalité un instrument juridique conçu de manière « gallocentrique », sans considération

accordée au développement du projet européen et des ordres juridiques intégrés. Ce recours aurait à ce titre des « relents de primat constitutionnel dans un monde juridique qu'on espérait pacifié par une vision de la coexistence des ordres juridiques, respectueuse de la primauté du droit de l'UE et de son bras armé, l'effet direct »²².

Sous cet angle, la question soulevée par la Cour de Cassation en 2010 ne semble pas si dissonante : le caractère prioritaire de la question prioritaire de constitutionnalité est-il finalement vraiment compatible avec le principe de primauté du droit de l'Union européenne ? La question prioritaire de constitutionnalité ne place-t-elle pas la France en position de résistance à l'intégration ? Si la décision du 12 mai 2010²³ admet la possibilité pour le juge ordinaire d'écarter pour inconventionnalité une loi pourtant jugée conforme à la Constitution, relativisant ainsi la priorité de ce recours, cette décision a été rendue en vue du verdict de la CJUE²⁴ afin de la rassurer et d'éviter un conflit ouvert entre ordres juridiques²⁵.

De l'ambiguïté des effets de l'instrument sur la manière de penser le droit interne découle une mise en concurrence des systèmes, s'exprimant entre autres dans l'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité tels qu'exercés par les juges. Soucieux d'accompagner ces bouleversements induits par la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil consti-

14. V. sur ce sujet : A. Levade, « Le Conseil Constitutionnel, régulateur des rapports de système », in B. Mathieu (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française, 1958-2008*, AFDC, Paris, Dalloz, 2008, p. 729.

15. Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-46 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

16. CJCE, 30 sept. 2003, n° C-224/01, *Gerhard Köbler c/ Autriche*.

17. V. sur ce point l'analyse conséquentialiste de la jurisprudence du Conseil, proposée par S. Salles dans sa thèse, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op. cit., § 261 et § 285 ; ainsi que A. Levade, « Le Conseil Constitutionnel et l'Union Européenne », *Cahiers du Conseil Constitutionnel, Hors-Série – Colloque du cinquantième*, 3 nov. 2009.

18. Lettre de mission du 18 juillet 2007 adressée au premier ministre Édouard Balladur : « Des voix s'élevaient dans notre pays pour regretter que la France soit le seul grand pays démocratique dans lequel les citoyens n'ont pas accès à la justice constitutionnelle, et que certaines normes internationales aient plus de poids et d'influence sur notre droit que nos principes constitutionnels eux-mêmes », *RFDC* 2008/5, HS n° 2, p. 251-254.

19. Assemblée nationale, 1^{re} lecture, 3^e séance du 28 mai 2008 : « jusqu'ici, le juge pouvait à tout moment écarter l'application d'une loi qu'il jugeait contraire à une convention internationale, mais ne se prononçait pas lorsque la conformité de cette loi avec la Constitution était mise en doute. En définitive, nous étions plus respectueux des normes étrangères que des nôtres ».

20. M. Haulbert, *L'interprétation normative par les juges de la QPC*, Dalloz, 2020, § 61 et s.

21. Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, considérant 14.

22. B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 95-96.

23. Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* (ou décision *Jeu de Hasard*), *Rec.* p. 78, considérant 11. Cette décision confirme la position IVG : Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, *IVG*, *Rec.* p. 19, considérants 3-4.

24. CJUE, grande ch., 22 juin 2010, C-188/10, *Aziz Melki* et C-189/10, *Sélim Abdeli*.

25. P. de Montalivet, « QPC et dialogue des juges », *préc.*, spéc. p. 921-922.

tutionnel joue un rôle clef dans la régulation des rapports de systèmes²⁶, en ce qu'il parvient à concilier exigences du système et défense du contrôle de constitutionnalité.

II. Concurrence des contrôles et rôle du Conseil constitutionnel

À l'échelle du procès, les rapports de systèmes sont tangibles dans la mesure où le caractère prioritaire de la question prioritaire de constitutionnalité crée une situation dans laquelle le contrôle de constitutionnalité prime le contrôle de conventionnalité. Conformément à sa vocation structurelle, la priorité de la question instaure une forme de hiérarchie entre la Constitution et les engagements supranationaux, notamment européens. Or, on observe que cette priorité ne traite la question de l'articulation de ces contrôles que partiellement dans la mesure où les cours nationales ont démontré leur capacité à contourner les effets de cette priorité.

Ce phénomène a pu être observé dans le champ des décisions QPC d'inconstitutionnalité à effet différé²⁷. À la faveur de décisions écartant

systématiquement pour inconventionnalité une disposition législative abrogée avec effet différé²⁸, les juges – administratif comme judiciaire – sont de fait parvenus à priver les décisions QPC d'une partie essentielle de leur effet. Le caractère prioritaire et la hiérarchie qu'il réaffirme ne sont donc pas exclusifs de concurrence²⁹.

Cette concurrence paraît également bien réelle s'agissant des effets du contrôle vis-à-vis des justiciables. À l'aune de l'autorité trop extensive des décisions du Conseil³⁰ (l'effet *erga omnes*³¹) et de l'objectivisation du contrôle incident, fondée sur une certaine méfiance à l'égard des particuliers et de l'introduction d'intérêts subjectifs dans le contentieux constitutionnel (qui se veut objectif)³², la nécessaire subjectivisation du procès en faveur de « ceux qui devaient être les premiers bénéficiaires du contrôle incident »³³ s'avère difficile³⁴. Sous cet angle, le contrôle de conventionnalité est « supérieur dans la protection des droits et libertés dans la mesure où le jugement d'inconventionnalité n'aura qu'une autorité *inter partes* »³⁵.

Pour appréhender la réalité de cette concurrence, le Conseil constitutionnel semble l'avoir incorporée pleinement dans ses paramètres de

26. A. Levade, « Le Conseil Constitutionnel, régulateur des rapports de système », préc.

27. V. en détail : S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil Constitutionnel*, LGDJ, 2017, spéc. p. 519-531.

28. V. par ex., pour le juge judiciaire, le cas emblématique de la garde à vue où la Cour de Cassation est parvenue à contourner, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'effet différé de la QPC du 30 juillet 2010 qui maintenait des mesures de garde à vue inconstitutionnelles : Ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17049, n° 10-30.242, n° 10-30.313, n° 10-30.316; et pour le juge administratif : CE, s.-s. réunions, 10 avr. 2015, n° 377207, *T. Leb.*, concl. B. Bohnert.

29. Pour une analyse des raisons de la concurrence et de la résistance des juges nationaux à la QPC, v. N. Molfessis, « La résistance immédiate de la Cour de Cassation à la QPC », préc., spéc. p. 89 et s.

30. S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil Constitutionnel*, op. cit., p. 638-640.

31. L'article 62 de la Constitution dispose en son deuxième alinéa : « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Le Conseil a eu l'occasion de préciser, sur le fondement de cette disposition, l'effet dans le temps et *erga omnes* de ses décisions par une série de décisions rendues en 2010 : Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC ; 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC ; 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC et n° 2010-6/7 QPC ; 2 juill. 2010, n° 2010-10 QPC.

32. V. sur ce sujet : T. Santolini, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *RFDC* 2013/1, n° 93, p. 83-105, spéc. p. 100 : « Étrange paradoxe de voir ceux qui devaient être les premiers bénéficiaires du contrôle incident, et qui en sont souvent les initiateurs, en devenir la principale menace ! ».

33. *Ibid.*, p. 98.

34. Pour un avis contraire : B. Bernabé et E. Cartier, « L'introduction d'un nouveau gène dans le procès », préc., spéc. p. 9. Pour les auteurs, il s'agirait d'un faux semblant : « En effet, contrairement aux apparences, le procès constitutionnel tel qu'introduit dans le cadre du procès ordinaire n'est pas déconnecté de ce dernier. [...] Tout se passe comme si le procès *in vitro* devant le Conseil Constitutionnel était réintroduit dans le procès *in vivo* devant le juge ordinaire ».

35. S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil Constitutionnel*, op. cit., p. 639-640. L'auteur présente cette objectivisation comme une aporie : « la pleine réalisation de l'objectif de protection des droits et libertés constitutionnels, au moins du point de vue microjuridique, supposerait de prendre davantage en compte les intérêts subjectifs du requérant, [ce qui] semble incompatible avec la nature de la procédure et la portée des décisions du Conseil ».

contrôle³⁶. Comme le démontre Mme Salles, le juge constitutionnel, pleinement conscient des conséquences juridiques, institutionnelles, économiques et politiques de ses décisions, s'est efforcé de construire une politique d'intégration juridictionnelle dans la sphère européenne « sans perdre de vue la défense de la marge de manœuvre du contrôle de constitutionnalité »³⁷. De la prise en compte des interprétations européennes à la recherche d'un motif de censure équivalent pouvant servir au juge ordinaire, l'approche conséquentialiste par laquelle le Conseil tente d'appréhender la réaction de ses homologues semble porter ses fruits dans la mesure où les manœuvres de ces derniers sont aujourd'hui relativisées³⁸.

La décision du 18 mars 2015 concernant les situations de cumul de répression³⁹ illustre bien la prévoyance dont fait montre le Conseil dans l'articulation des sources constitutionnelles et des considérations supranationales. Soucieux de respecter la réserve émise par la France à l'article 4 du protocole additionnel n° 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme (siège du principe *non bis in idem*), mais prudent quant aux possibles contournements et éventuels motifs de censures (notamment après l'arrêt *Grande Stevens* de la CEDH⁴⁰), le Conseil déclare inconstitutionnel le cumul des poursuites en se fondant non pas sur le droit européen mais sur le principe interne qu'est celui de la nécessité des peines (article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen). Ainsi, si le résultat

obtenu converge avec l'interprétation européenne et aboutit donc à l'inconstitutionnalité du cumul des répressions boursières, le Conseil n'aligne pas pour autant sa motivation sur celle de la CEDH, préservant ici une respectable distance entre des conceptions juridiques divergentes, sans pour autant en alimenter les tensions.

Cet équilibre délicat, nourri de l'acculturation et de la conscience du renouvellement des enjeux institutionnels à l'échelle européenne, contraste avec le coup de tonnerre porté par la Cour de Karlsruhe le 5 mai 2020⁴¹, et réitéré le 26 mars 2021⁴². Au-delà de ses implications économiques, cette attitude est jugée inquiétante en ce qu'elle fragilise l'autorité des décisions de la CJUE et attise le débat sensible des rapports entre normes européennes et constitutionnelles – débat d'autant plus avivé que c'est par le recours du corps citoyen que le jugement a été rendu, insufflant à la décision une légitimité ambiguë au regard des circonstances actuelles.

À l'heure où la « guerre du dernier mot » se profile en Europe⁴³, l'effort du Conseil constitutionnel mis à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité et des intérêts du système témoigne de cette volonté d'accompagner les mutations plutôt que de les refouler, d'apaiser les rapports institutionnels au lieu de les attiser, de défendre la pluralité et la coexistence internormative⁴⁴ et d'éviter de « faire basculer l'Union vers les forces désintégrant d'une Europe à la carte »⁴⁵.

36. V. en détail : S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op. cit., spécifiquement le Chapitre 1 (Titre 2, Partie 1) intitulé « L'analyse conséquentialiste, élément d'intégration des rapports juridictionnels ».

37. S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op. cit., p. 239.

38. S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil Constitutionnel*, op. cit., p. 531, l'auteur conclut finalement que « si le contrôle de conventionnalité peut en apparence entraver l'effectivité d'une déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé, en pratique le juge ordinaire en limitant la portée de sa jurisprudence, permet indirectement de maintenir un degré minimum d'effectivité de ce type de décision QPC ».

39. Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC ; F. Sudre, « Principe *non bis in idem* et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », *JCP G* 30 mars 2015, n° 13, p. 605-609 ; J. Chacornac, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? », *RCS* 2019, p. 333.

40. CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, D. 2015, p. 1506, obs. C. Mascala.

41. J.-C. Zarka, « L'arrêt du 5 mai 2020 de la Cour Constitutionnelle fédérale d'Allemagne concernant le programme PSPP de la Banque centrale européenne », *LPA* 3 juill. 2020, n° 154f6, p. 7.

42. N. Renaud, « Coup de frein de la Cour de Karlsruhe au plan de relance européen », *Les Échos*, 26 mars 2021, accessible sur : <https://www.lesechos.fr/monde/europe/coup-de-frein-de-la-cour-de-karlsruhe-au-plan-de-relance-europeen-1302010>

43. J.-C. Zarka, « L'arrêt du 5 mai 2020 de la Cour Constitutionnelle fédérale d'Allemagne concernant le programme PSPP de la Banque centrale européenne », préc. : « Cette décision est susceptible d'ouvrir la voie à une confrontation entre la CJUE et d'autres juridictions constitutionnelles nationales qui pourraient être encouragées à défier ses arrêts [...] Elle pourrait relancer « la guerre du dernier mot » qui oppose la CJUE aux cours constitutionnelles nationales ».

44. M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné : les forces imaginantes du droit (II)*, Seuil, 2006.

45. X. Djon, « Le pluralisme ordonné », *RIEJ* 2006/2, vol. 57, p. 255-257.

Dossier

Le droit face aux défis de la transition écologique

Dans chaque numéro, la *RDA* rassemble les contributions d'universitaires ou praticiens consacrées à une problématique particulière.

Les dynamiques juridiques et judiciaires de la gouvernance climatique

Libres propos autour de la construction d'un droit du changement climatique

Marta Torre-Schaub

p. 35

Faut-il punir l'écocide ?

Réflexion sur le droit pénal face à la délinquance en col vert

Charlotte Dubois

p. 46

Le droit des obligations face aux défis posés par la transition écologique

Anne Stevignon

p. 67

La « dépatrimonialisation » des droits à produire en matière environnementale
Réflexion à partir du (futur ?) quota carbone individuel de transport aérien

Gabriel Sebban

p. 79

Réflexions sur les garanties financières environnementales

Antoine Touzain

p. 90

La *Corporate sustainability*

Jean-Baptiste Barbière

p. 97

Le rôle du droit dans le développement durable (exemple du transport combiné rail-route)

Isabelle Bon-Garcin

p. 108

Le droit du travail face aux défis de la transition écologique

Simon Riancho

p. 120

Dossier

Le droit face aux défis de la transition écologique

Les dynamiques juridiques et judiciaires de la gouvernance climatique Libres propos autour de la construction d'un droit du changement climatique

Marta Torre-Schaub

Directrice de recherche au CNRS

Directrice du GDR ClimaLex

Institut des sciences juridique et philosophique
de la Sorbonne – Université Paris I

Le droit du changement climatique se développe de manière exponentielle en Europe et sur d'autres continents depuis 2015, l'année 2021 étant particulièrement fertile dans ce domaine¹. D'une part, les négociations onusiennes autour de l'Accord de Paris suivent leur cours en induisant des changements et des évolutions dans les droits nationaux. D'autre part, les tribunaux sont de plus en plus exposés aux

questions liées au changement climatique dans des cas où, jusqu'à récemment, la crise climatique n'aurait pas été formulée en ces termes. En effet, l'urgence climatique² a été utilisée comme élément central dans des litiges de plus en plus nombreux venant consacrer ce qu'on appelle désormais la « justice climatique » formée à partir notamment de « litiges stratégiques »³.

1. *Grantham Research Institute's 2021 Global Trends in Climate Change Litigation Policy Report* : <https://www.genevaassociation.org/research-topics/climate-change-and-emerging-environmental-topics/climate-litigation>; Data base Sabin Center for Climate Change Law, Columbia University, NY, NY; M. Torre-Schaub, « Regards comparés sur les litiges climatiques : nouvelles tendances », in *Environnement, climat : quelle justiciabilité ?*, Colloque des 17 et 18 juin 2021, Université de Lausanne, en cours de publication.
2. M. Torre-Schaub, « La emergencia (urgencia) climática : una construcción híbrida. Aspectos jurídicos, científicos y políticos », in B. Soro Mateo (dir.) *Las vulnerabilidades en el derecho ambiental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 34-42.
3. M. Torre-Schaub et B. Lormeteau, « Les contentieux climatiques stratégiques face à l'urgence climatique. Quelles temporalités », in *Le(s) commun(s) en droit de l'environnement : droit des communs, droit commun et droit hors du commun*, Colloque annuel de la SFDE 2021, en cours de publication.

Les deux dynamiques convergent et se retro-alimentent pour nourrir la construction d'un droit climatique permettant d'aiguiller à la fois les pouvoirs publics au niveau national et la communauté internationale vers une nouvelle gouvernance du climat⁴. En effet, la plupart des litiges climatiques tendent à la reconnaissance de l'Accord de Paris comme une sorte de « guide » susceptible de poser des jalons juridiques en termes d'obligations imposées aux États pour atteindre des objectifs de réduction de gaz à effet de serre (GES) d'ici 2050. Ensuite, au niveau national, les contentieux climatiques ont pour objectif de faire reconnaître soit des « droits » (fondamentaux, constitutionnels, humains), soit un « droit national climatique » contraignant – et donc l'élaboration de lois et réglementations autour du climat. Souvent les deux dynamiques se rejoignent et sont complémentaires : pour mieux réaliser un droit permettant la « stabilité du climat » autour de 2 °C (objectif fixé par l'Accord de Paris), il est nécessaire préalablement de reconnaître l'existence d'un « droit général » susceptible de lutter contre le changement climatique, soit une loi climat ou une stratégie nationale climatique. Cette double dynamique, internationale et nationale, juridique et judiciaire, traverse ainsi le droit dit « climatique »⁵. Elle conduit au renforcement du droit international du climat et de l'Accord de Paris et à la (re) définition d'un droit du climat au niveau national plus exigeant et plus ambitieux. Si cette manière de produire du droit n'est pas nouvelle, elle interroge le juriste tant ces différentes dynamiques tendent à élaborer un droit original et novateur. Le défi est de taille : il s'agit d'un droit qui se pose face à une menace globale et planétaire, à partir d'une dimension internationale et nationale, hautement alimenté par une pratique jurisprudentielle émergente mais pas encore tout à fait stabilisée (les contentieux climatiques) qui est tournée à la fois vers son passé – les responsabilités historiques des pays industrialisés grands émetteurs de gaz à effet de serre – puis vers le

futur – prévision de neutralité carbone à 2050 puis 2100 – tout en prenant en compte des nouvelles catégories de citoyens – les générations futures.

Pour une meilleure compréhension de ce phénomène de construction, nous envisagerons d'étudier les deux dynamiques juridique (et législative) (I) puis judiciaire (II).

I. De nouvelles dynamiques juridiques et législatives

Dans une perspective d'appréhension de ces différentes évolutions du droit, l'Accord de Paris marque le début d'un long chemin qui nous conduit à repenser un modèle économique et social alternatif, laissant derrière lui un modèle fondé uniquement sur la domination de l'Homme sur la nature ou de l'Homme sur l'Homme.

À partir de ce constat, deux questions se posent : en premier lieu, celle de savoir comment le droit a-t-il répondu à la nécessité d'un changement de modèle. En deuxième lieu, nous nous demanderons quel serait le modèle proposé. Dans cet ordre d'idées, l'étude de l'Accord de Paris fait émerger une série de questions jusqu'ici peu ou pas abordées, conduisant à ce qu'on pourrait analyser comme un changement de modèle sociétal et environnemental. Le texte de l'Accord fait effectivement remonter plusieurs dynamiques venant d'arènes différentes : à la fois étatiques et internationales. On y retrouvera également des nouvelles dynamiques scientifiques, économiques et sociales (qui se traduisent par des réflexions nouvelles autour de l'énergie, l'emploi, la pauvreté ou le genre). Chacune de ces dynamiques est présente dans l'Accord, impliquant à la fois des exigences qui nécessitent une révision complète de nos modèles anthropocentriques et qui donnent au droit une place particulière et centrale.

L'Accord de Paris est une partie essentielle du paysage juridique international climatique. Nous retiendrons ici une conception extensive de ce

-
4. V. M. Torre-Schaub (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Rapport pour la Mission Droit et Justice, 2019 ; M. Torre-Schaub et B. Lormeteau, « De la gouvernance climatique à la justice climatique », *JCP G* sept. 2019 et « De la justice climatique à l'urgence climatique », *JCP G* déc. 2019.
5. M. Torre-Schaub, « Vers un nouveau paradigme socio-environnemental dans la gouvernance du climat ? », in M. Torre-Schaub et al., *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?*, Paris, Mare & Martin, 2017, p. 35-54 ; M. Torre-Schaub, *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit*, Paris, Mare & Martin, 2021 ; J. Peel and H.M. Osofsky, 2015, *Climate Change Litigation Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, MA, CUP.

texte (spatiale et temporelle) en y incluant ce que nous appellerons sa « zone d'influence », autrement dit, *l'amont et l'aval* de l'Accord, son périmètre d'action à la fois chronologique, matériel et géographique. Dans cette perspective, il conviendra tout d'abord de s'entendre sur la capacité de l'Accord à créer des nouvelles logiques (A), pour pouvoir ensuite les décrypter et en comprendre leur trajectoire (B).

A. L'essor de nouvelles logiques

Après le Protocole de Kyoto⁶ et, avec la division du monde en pays de l'annexe I et du non-annexe, une sorte de « mur » que certains ont appelé « le mur de Chine » s'est dressé entre les pays développés et les pays en voie de développement qui avait conduit le protocole de Kyoto à un succès très limité⁷. Une première tentative pour dépasser cela a été faite à Bali⁸ en 2007 avec l'Accord de Copenhague⁹, lequel n'a pas réussi à percer non plus. Ce relatif échec a permis cependant de mettre sur pied le groupe de travail AWAG-LCA jusqu'à 2011 à Durban. C'est sans doute là, en suivant Jorge Viñuales, que nous pourrions indiquer que le moment où le mandat pour construire le nouvel Accord prend naissance¹⁰.

Si ces différentes tentatives avant Paris n'ont pas eu de succès, certains éléments importants y compris les Accords de Cancun ont permis à l'Accord de Paris de voir le jour. L'Accord doit de ce fait être compris comme un processus. Nous entendons par là, un ensemble de dynamiques, d'acteurs, ayant un effet sur l'évolution des différentes institutions : du point de vue des textes législatifs, du point de vue des mécanismes juridiques. Nous choisirons ainsi cette définition, pour désigner l'ensemble d'étapes qui permettent de conduire des parties et des acteurs à une prise de décision commune et la plus satisfaisante possible, compte tenu de leur situation. Dans ce processus de création d'un texte, nous y

voyons l'émergence d'une nouvelle dynamique climatique. On peut y distinguer ainsi deux éléments permettant de créer ou de mettre en exergue de nouvelles logiques : d'abord la nature elle-même de la conférence, puis, en deuxième lieu, les différentes tensions qui apparaissent dans le texte lui-même.

La conférence des parties (COP 21) qui permettra de négocier et signer l'Accord de Paris est présentée fréquemment comme la dernière chance pour éviter la catastrophe climatique. Elle est, en effet, un Forum Global nourri de propositions inédites ayant réussi à réunir des négociateurs, des scientifiques, des journalistes et des représentants de la société civile¹¹. Elle possède, pour certains, déjà, une « vie sociale » à elle-même, permettant à la fois de la distinguer des autres conférences des parties, et permettant de la considérer comme un « marqueur important dans le tournant d'une nouvelle gouvernance du climat »¹². Cette conférence a été préparée des années en avance, ce qui renforce le caractère évolutif de l'Accord. Ce processus ne peut cependant être compris sans tenir compte des négociations précédentes et des différents modes de gouvernance proposés aux cours de ces différentes étapes, car c'est précisément dans ce tournant historique que le changement de paradigme a eu lieu.

S'agissant du texte lui-même, il convient de noter que l'Accord accueille en son sein une série de tensions qui existaient pour certaines depuis la Convention-cadre mais qui apparaissaient moins clairement formulées et, surtout, qui n'étaient pas posées comme porteuses des synergies positives, mais plutôt comme de points de rupture. L'Accord de Paris, est en ce sens novateur et pose ces tensions comme autant de possibilités de progrès et comme des éléments fondateurs d'une société qui doit changer : *from brown to green*¹³. C'est en effet l'annonce des logiques de transition pour enfin « faire autre-

6. R.B. Stewart, J.B. Wiener, *Reconstructing Climate Policy, beyond Kyoto*, The AEI Press, Washington, 2003, p. 10 et s.

7. J.A. Viñuales, « The Paris Climate Agreement : an initial examination », Working Paper, C-EENRG, 2015, vol. 3, p. 8 et s.

8. Plan d'Action de Bali, Décision 1/CP.13, 14 mars 2008, doc. FCCC/CP/2007/6/Add.1.

9. Accord de Copenhague, Décision 2/CP.15, 30 mars 2010, doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1

10. J.A. Viñuales, préc., p. 8 et s.

11. S. Aykut, J. Foyer et E. Morena (dir.), *Globalising the Climate, COP 21 and the Climatisation of Global debates*, Earthscan Routledge, London, 2017.

12. S. Aykut, « Governing through verbs. The practice of negotiating and the making of a new mode of governance », in S. Aykut, J. Foyer et E. Morena (dir.), *Globalising the Climate, COP 21 and the Climatisation of Global debates*, op. cit., p. 18-38.

13. J.A. Viñuales, préc., spéc. p. 12 et s.

ment ». C'est la logique de la « résilience » qui, reprenant le principe des « *responsabilités communes mais différenciées selon les capacités* », permettra de passer d'une bipolarité d'éléments à une cohérence dans les objectifs à la fois sociaux et environnementaux à atteindre.

On connaît bien ces tensions, déjà présentes à la Convention-cadre de 1992. Il s'agit notamment des tensions entre les pays développés et les pays en voie de développement, entre les pays le plus vulnérables et le reste des pays, entre des pays qui s'attendent à souffrir davantage du fait des mesures pour répondre au changement climatique et les autres, entre les actions collectives contre le changement climatique et les droits à la fois collectifs et privés (notamment les droits de propriété et les mesures de lutte contre la pauvreté), ou encore, les tensions entre intervention et conservation de la nature, entre science et équité. L'étude de ces différentes logiques permet de mieux comprendre l'architecture actuelle du droit du changement climatique.

B. Le décryptage des nouvelles logiques

L'Accord de Paris doit être entendu à la fois comme le fruit de ces différentes logiques, puis comme un moteur d'autres. Ce rôle de « passeur » donne à l'accord une dimension nouvelle qui oblige forcément à changer la vision des choses. Ceux qui y voient un texte peu ambitieux, flou et mou en matière d'obligations, n'ont pas totalement tort. Mais il ne faut pas rester à cette lecture et il convient de le voir également comme un conducteur de principes et de logiques, et comme le catalyseur de dynamiques porteuses de réformes intéressantes. Afin de mieux illustrer notre propos, nous exposerons ici deux grandes logiques « produites » par l'Accord : des logiques économiques et sociales.

1. Des nouvelles logiques économiques

Dans ces logiques économiques, on observe deux épiphénomènes qui annoncent les changements portés par l'Accord et qui présagent d'un changement de gouvernance du climat. Nous le

déclinons en deux : tout d'abord, on observe un changement des logiques de marché. En deuxième lieu, on voit bien pointer la sortie de la pure logique du *Business as Usual*.

S'agissant du marché, la réforme du système d'échanges de quotas d'émission de l'Union européenne (SEQUE), proposée par la Commission en juillet 2015, quelques mois avant la COP 21, tenait à un nécessaire rééquilibrage des forces du marché des permis d'émission des GES et de la production d'énergie renouvelable¹⁴. Ce nouvel instrument se présentait ainsi comme un outil vers une société de transition énergétique plus juste¹⁵. Question qui sera reprise, dans le texte de l'Accord, aux articles 6 et 7. Cette question avait déjà émergé dans les discussions sur la transition vers une économie verte en 2014 au sein de l'OCDE 2014 de l'UNEP¹⁶. Considérées prioritaires, ces propositions de réformes apparaissent également dans la planification européenne à moyen et long terme comme par exemple dans l'objectif 2 du 7^e Programme d'Action pour l'Environnement (2013) identifiées comme un « besoin » de convertir l'Union dans une société efficiente du point de vue de l'énergie, mais également verte, en même temps que compétitive, d'un point de vue de la réduction de carbone. Ce mot d'ordre apparaîtra à nouveau dans l'Accord, notamment à l'article 9.

La sortie du *Business as Usual* pour construire la transition suppose également une logique nouvelle qui émerge en amont de l'Accord et qui sera reprise dans le texte issu de la COP 21. Il s'agit d'une réflexion qui envisage d'agir sur les énergies renouvelables en augmentant leur quantité globale de production. Au niveau de l'Union européenne, en effet, certains secteurs auront besoin d'une aide publique jusqu'ici seulement acceptée sous certaines conditions assez restrictives. Cela impliquera un nouveau positionnement de l'État face aux politiques de l'Union de lutte contre le changement climatique. Cela implique également de rétablir un équilibre des forces entre le marché, principal objectif de l'Union, et une intervention publique

14. Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin de renforcer le rapport coût-efficacité des réductions d'émissions et de favoriser les investissements à faible intensité de carbone, COM (2015) 337 final.

15. M. Torre-Schaub, « Justice climatique : le rééquilibrage des forces dans le système européen d'échanges de quotas de GES », in *La Justice Climatique : quelles perspectives en Europe*, éd. Bruylant, 2016, p. 157-172.

16. <http://www.oecd.org/fr/rcm/documents/Aligner-les-politiques-pour-une-economie-bas-carbone-CMIN2015-11.pdf>

plus poussée¹⁷. Ce qui apparaît également dans l'Accord à l'article 7.

Parallèlement, le monde de la *finance* s'y met également avec notamment la publication du très remarqué discours du gouverneur de la banque d'Angleterre Mark Carney rappelant que les ministres des finances du G20 avaient demandé au Conseil de stabilité financière de réfléchir à la manière dont l'industrie financière pouvait prendre en compte les risques que représente le changement climatique pour le système financier. Ainsi, l'Accord reconnaît que les pays en développement ont besoin d'un soutien adapté. Beaucoup d'aspects restent encore à mettre au point, mais le « cadre de transparence renforcé » aidera à suivre les progrès en matière de soutien aux pays en développement (soutien financier, technologique, renforcement des capacités), ainsi qu'en termes d'atténuation et d'adaptation. Les pays développés ont prolongé jusqu'en 2025 leur engagement de mobiliser 100 milliards USD de financement climatique par an, et un nouvel objectif collectif chiffré devra être défini d'ici là. Un rapport élaboré par l'IDDRI sur ce sujet résume bien ces aspects¹⁸ en rappelant que l'article 2 (c) de l'Accord de Paris crée une responsabilité collective de restructuration de l'ensemble du système financier. L'évolution actuelle vers un financement durable est une tendance positive, qui améliore la contribution potentielle du secteur financier à l'atténuation du changement climatique et à la durabilité globale, mais elle est insuffisante pour aboutir à un alignement sur l'objectif climatique de l'Accord de Paris, qui prévoit la décarbonation complète de l'économie d'ici 2050-2070. Dès lors, la finance ne peut se limiter à l'objectif de développer des niches « vertes ». Elle doit s'attaquer simultanément au problème du « brun » et ces-

ser de financer et d'investir dans les actifs à forte intensité de carbone, incompatibles avec les trajectoires nécessaires alignées sur l'Accord. Les banques centrales et la réglementation financière sont déjà à l'œuvre dans certaines économies émergentes pour orienter directement les flux financiers vers leurs priorités économiques vertes. Il en ressort ainsi que la finance doit être en phase avec le long terme.

À côté de ces dynamiques, des initiatives portées d'une idée de société plus juste et équitable apparaissent également.

2. Des nouvelles logiques sociales

Le paragraphe 10 du Préambule de l'Accord de Paris vise une « transition juste pour la population active » et le paragraphe 11 note l'importance de la notion de justice climatique « pour certaines cultures ». On y trouve également l'idée d'un respect des écosystèmes et de leur intégrité, ce qui rappellera le terme de « *solidarité écologique* » de la loi française pour la reconquête de la biodiversité du 8 août 2016. Ces différentes dispositions, montrent l'émergence d'une nouvelle logique qui pose la question climatique en termes sociaux et environnementaux, d'une manière donc large et intégrative. On retiendra ici la notion de « justice climatique » qui nous semble emblématique de ce changement de logique¹⁹.

À partir de 2002 un réseau d'ONG et d'activistes se constitue en une coalition pour la justice climatique et adopte une Charte des principes de « justice climatique ». Le premier principe prévoit que les communautés ne doivent pas subir les conséquences des changements climatiques ni toutes formes de destruction écologique. Elle s'appuie sur le concept de dette écologique et défend une « transition juste ». Des propositions

17. *Reform of the EU Carbon Market From backloading to the market stability reserve*, oct. 2014, *European Parliament, European Parliamentary Research Service* : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-437_fr.htm;

Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil concernant la création et le fonctionnement d'une réserve de stabilité du marché pour le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre de l'Union et modifiant la directive 2003/87/CE, COM/2014/020 final – 2014/0011 (COD); Commission européenne, Communiqué de presse (28.06.2013); P. Billet, « Transition énergétique et croissance verte : points d'étape », *AJ collectivités territoriales* avril 2015, n° 5, comm. 32.

18. *Rapport La finance après l'Accord de Paris sur le climat : de la nécessité de transformer le système financier*, <https://www.iddri.org/fr/publications-et-evenements/rapport/la-finance-apres-laccord-de-paris-sur-le-climat-de-la-necessite>

19. P.-Y. Neron, « Penser la justice climatique », *Éthique publique*, vol. 14, n° 1, 2012, en ligne. <http://ethiquepublique.revues.org/937>; A. Michelot (dir), *Justice climatique / Climate Justice, Enjeux et perspectives / Challenges and perspectives*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2016; O. Godard, *La justice climatique mondiale*, éd. La découverte, 2016; E. Laurent, « Après l'Accord de Paris, priorité à la justice climatique », *L'Économie politique*, n° 69, 2016, p. 88-99; M. Torre-Schaub, « Justice et justiciabilité climatique, état de lieux et apports de l'Accord de Paris », in M. Torre-Schaub (dir.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris, regards croisés*, op. cit., p. 107-127.

concrètes émergent ainsi pour faire de la lutte contre le changement climatique une réalité, une opportunité de développement social, culturel et environnemental, mais aussi une ambition pour des politiques publiques soucieuses de réduire les inégalités à l'égard des plus démunis et des plus vulnérables au changement climatique. La notion de justice climatique entend corriger l'accentuation des inégalités que le changement climatique a créées en veillant à rétablir une certaine équité par rapport aux plus vulnérables et aux plus pauvres.

Cette notion bénéficiera d'un intérêt grandissant de la part des juristes, et ce en raison de deux facteurs : en premier lieu parce que l'Accord de Paris est venu lui donner un écho sans précédent en consacrant ce principe dans son préambule. Deuxièmement parce que le droit en a inféré un concept novateur de « responsabilité climatique ». Si la notion n'apparaît que dans le préambule de l'Accord, elle a émergé dans des forums citoyens depuis les années 2000 et porte en elle certainement des revendications nouvelles que la société civile entend faire porter au corpus juridique sur le changement climatique. Ainsi, en 2010, se tient le Forum international sur la justice climatique qui affirme que « la crise climatique n'est pas seulement une crise liée au réchauffement planétaire », mais qu'il s'agit d'une « crise politique », une « crise alimentaire » et « énergétique » et une « crise écologique ». Ce concept implique certainement une nouvelle logique dans l'Accord. Cette logique devrait permettre d'en finir avec les inégalités sociales accrues par le changement climatique. Cette notion peut aussi rendre le climat justiciable dans un contexte de justice et d'équité qui n'existait pas auparavant. En France, l'avis du CESE sur la question montre bien que cette notion pose un changement de logique dans le positionnement du droit sur le changement climatique²⁰.

Un certain nombre d'initiatives – certaines venant de la société civile, d'autres des États eux-mêmes, et d'autres encore du monde de la finance – dressent un tableau différent de ce qui venait jusqu'ici à être le centre d'intérêt de la

question climatique. Ces logiques favorisent l'avènement de nouvelles dynamiques judiciaires avec l'essor des contentieux climatiques.

II. Des dynamiques judiciaires : le rôle du contentieux climatique

Dans ce processus construit *en continuum*, le mécanisme lui-même de création normative est changeant et s'enrichit avec le temps. Ce passage, d'une rationalité formelle à une rationalité matérielle dans la création même du droit, annonce l'avènement d'un nouveau paradigme normatif (A). À côté et parallèlement, on voit se dessiner de nouvelles « institutions » du droit, portées par une logique *bottom up* et poussées par la société civile, dans un nouvel élan de participation et d'accès à la justice climatique. Ces nouvelles dynamiques annoncent un changement de modèle dans la gouvernance du climat (B).

A. L'avènement d'un nouveau paradigme normatif

Max Weber faisait une distinction entre rationalité formelle (ou interne) venant des foyers de création législatifs ou étatiques, puis, une rationalité matérielle (ou extérieur) venant d'autres faits sociaux, d'autres sources extérieures²¹. Le droit du changement climatique n'est plus seulement produit à partir d'une rationalité formelle : la loi (ou la lettre du droit), mais il émane également des lieux de production multiples comme le prétoire, mais également les propositions des sociétés savantes ou *Think Tanks*, ou encore à partir de plaidoyers portés par les ONG. On observe ainsi deux dynamiques matérielles différentes. D'un côté, on voit pointer une multiplication de sources matérielles du droit. D'un autre côté, on observe la montée des initiatives citoyennes, lesquelles, mobilisant le droit, contribuent à « re-normativiser » la question climatique²².

1. La multiplication de sources matérielles du droit du changement climatique

La société civile, prise dans son sens le plus large, le secteur privé, les institutions financières, les

20. Avis du CESE sur la Justice climatique du 27 septembre 2017 ; Avis d'initiative Justice climatique du Comité Économique et social européen, 23/02/2017, Rapporteur, Cillian Lohan, Références : NAT/712.

21. M. Weber, *Sociologie du droit* (traduction française), PUF, 1^{re} éd., 1986.

22. M. Torre-Schaub, *Les dynamiques du contentieux climatique*, op. cit.

viles et autres institutions infranationales, a joué un rôle essentiel dans le processus de création normative de l'Accord. Elle a un rôle central à jouer dans le futur développement de la gouvernance climatique²³.

De nombreux *Think Tanks* savants ont été à l'origine de certains articles du texte de l'Accord de Paris. Ces structures peuvent être considérées comme des foyers porteurs de propositions normatives ayant suffisamment de force pour exercer une certaine influence pendant les négociations onusiennes²⁴. Citons ainsi les initiatives tenant à inscrire la notion de justice climatique, ou encore celle menant à faire mention des droits des peuples autochtones dans la Déclaration ou encore celles proposant de donner une place plus importante aux entreprises et aux initiatives privées dans l'Accord²⁵.

Les acteurs privés ont eu également un rôle important à jouer pendant tout le processus de négociation du texte²⁶. Ainsi, le § 118 de la Déclaration se « félicite des efforts déployés par les entités non parties, afin de développer leurs actions en faveur du climat, et encourage à l'affichage de ces actions sur le portail des acteurs non étatiques pour l'action climatique ». De son côté, le § 120 « encourage aussi les entités non parties à accroître leur participation aux processus visés au paragraphe 125 ci-après... ». Leur rôle dans la gouvernance du climat est issu d'une circulation entre normes nationales et internationales et *vice-versa*. Ces influences d'un système à un autre sont très visibles avec l'exemple de la loi française sur la transition énergétique qui a précédé l'Accord de Paris et qui a pu exercer une

influence sur ce dernier. La loi fait apparaître à plusieurs reprises le rôle des acteurs autres que l'État dans la transition énergétique. Ainsi par exemple, dans son article 173, la loi impose aux entreprises de « rendre compte des risques financiers liés aux effets du changement climatique et des mesures que prend l'entreprise en mettant en œuvre une stratégie bas-carbone dans toutes les composantes de son activité »²⁷.

À côté de cet enrichissement des sources et des acteurs, on peut également observer la multiplication d'actions en justice contribuant à un renouveau du droit de la gouvernance climatique.

2. La multiplication d'initiatives citoyennes : vers une re-normativisation du climat

Il existe plusieurs moyens de porter les initiatives citoyennes à caractère normatif²⁸. Nous remarquerons ici celle qui se produit depuis 2015 dans les prétoires. Si ces actions en justice ne sont pas nouvelles, ce qui est nouveau est à la fois leur caractère très médiatisé – produisant ainsi un effet boule de neige, et leur forte coloration normative²⁹. En effet, leur contemporanéité avec l'Accord de Paris, loin d'être le fruit du hasard, imprime à ces actions un fort caractère d'autorité normative ; en s'appuyant à la fois sur la Convention-cadre et sur l'Accord, elles renforcent l'existence de ces textes et la nécessité de rendre obligatoire leur contenu³⁰.

Ces actions en justice sont portées devant des tribunaux nationaux qui s'avèrent un lieu à la fois attractif et efficace pour rendre effectifs les engagements internationaux des États en matière climatique. Depuis 2015, une série de

23. De nombreuses initiatives ont été recueillies dans le portail de NAZCA et ses suites « *Paris Pledge for action* » du 22 avril 2016, citées par F.-G. Trébulle, « Le rôle des acteurs privés », in M. Torre-Schaub (dir), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris, regards croisés*, op. cit., p. 127-139, spéc. p. 129 et s.

24. E. Morena, « Follow the money : climate philanthropy from Kyoto to Paris », in S. Aykut, J. Foyer et E. Morena (dir.), *Globalising the Climate, COP 21 and the Climatization of Global debates*, op. cit., p. 95-115.

25. S. Benabou, N. Moussu et B. Müller, « The Business voice at COP 21 », in S. Aykut, J. Foyer et E. Morena (dir.), *Globalising the Climate, COP 21 and the Climatization of Global Debates*, Earthscan Routledge, 2017, p. 57-74.

26. F.-G. Trébulle, « Le rôle des acteurs privés », in M. Torre-Schaub (dir.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris, regards croisés*, op. cit., p. 127-139.

27. Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031044385&categorieLien=id>; Voir plus précisément sur l'article 173 : http://www.novethic.fr/fileadmin/user_upload/tx_ausynovethicetudes/pdf_complets/Essentiel-art-173-Novethic-2016.pdf

28. M. Torre-Schaub, *Justice climatique. Procès et actions*, Paris, CNRS éditions, 2020.

29. M. Torre-Schaub, « La Justice climatique. À propos du jugement de la Cour de district de La Haye du 24 juin 2015 », *RID comp.* 2016, n° 3, p. 699-722 ; M. Torre-Schaub, « Justice et justiciabilité climatique, état de lieux et apports de l'Accord de Paris », in M. Torre-Schaub (dir.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris*, op. cit., p. 107-127.

30. M. Torre-Schaub et B. Lormeteau (dir.), *La question climatique est-elle contraignante ? Regards croisés autour du 5^e anniversaire de l'Accord de Paris*, EEI n° 3/2021, Doss. spéc., p. 10-29.

décisions judiciaires se sont multipliées concernant les changements climatiques, dans les pays signataires de la Convention-cadre des Nations Unies pour les changements climatiques et de l'Accord de Paris, pour réclamer des obligations aux États parties à la Convention-cadre afin de renforcer leurs engagements en matière de réduction de gaz à effet de serre et de prendre des mesures plus ambitieuses et efficaces afin de s'aligner sur la trajectoire de 2 °C³¹.

Ce genre de contentieux national a vocation à se multiplier afin de « durcir » les obligations juridiques contenues dans l'Accord et dans le but de forcer les États à hausser leurs ambitions s'agissant de leurs contributions nationales. Un exemple de ce type d'initiative judiciaire est la fameuse affaire Urgenda aux Pays-Bas (24 juin 2015), suivie de la décision en appel (9 octobre 2018) et de l'arrêt en cassation du 20 décembre 2019³². En France deux affaires doivent être signalées : la décision de Grande Synthèse³³ et l'Affaire du siècle³⁴. Nous y reviendrons.

B. Des nouvelles dynamiques judiciaires

Le prétoire est devenu le lieu de résolution de certains litiges liés à ce phénomène mondial aux répercussions nationales ou locales³⁵. Cette réflexion invite ainsi à sortir d'une conception binaire des droits, fondée sur une dichotomie originelle entre la loi et le prétoire, pour mieux saisir toute la complexité sociale de la création du droit, surtout s'agissant d'un problème multi-facette comme les changements climatiques³⁶.

Parallèlement, et parce que le cas du changement climatique fait émerger avec force la portée d'un droit fondamental de tous et de chacun à « un environnement sain et sans danger pour la survie de l'humanité »³⁷, on assiste au développement d'attentes nouvelles en matière de justice climatique et de nouveaux droits face aux impacts des changements climatiques sur la société³⁸. Dans ce contexte, le prétoire devient le lieu où les citoyens, les associations, les collectivités territoriales³⁹, victimes du changement climatique, réclament l'engagement de la responsabilité de l'État (et/ou des entreprises émettrices de GES) ou du moins un changement de comportement. Les tribunaux rétablissent ainsi un équi-

-
31. M. Torre-Schaub, « La Justice climatique. À propos du jugement de la Cour de district de La Haye du 24 juin 2015 », préc., spéc. p. 707.
32. Rechtbank Den Haag, C/09/456689/ HA ZA 13-1396; ECLI:NL:GHDHA:2018:2610 et ECLI:NL:HR:2019:2007.
33. CE, 6^e ch. contentieux, 1^{er} juill. 2021, n° 427301 et CE, sect., 6^e et 5^e ch., 19 nov. 2020, n° 427301, *Cne Grande Synthèse et a.*, Juris-Data n° 2020-018732; M. Torre-Schaub, « L'affaire de Grande Synthèse, une première décision emblématique dans le contentieux climatique français », *Environnement, Énergie, Infrastructures*, n° 12, déc. 2020, p. 13-15; R. Radiguet, « Objectif de réduction des émissions de gaz... à effet normatif ? », *JCP A* 2020, n° 51-52.
34. TA Paris, 3 févr. 2021 (n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1); « L'affaire du siècle, une révolution pour la justice climatique ? À propos de la décision du TA du 3 février 2021 (n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1) », Point de vue, *JCP G* 2021; « L'affaire du siècle, une affaire à suivre », Étude, *REEL*, n° 3, mars 2021, p. 10-12; D. Mazeaud, « L'affaire du siècle un petit pas vers le solidarisme climatique », Édito, *JCP G*, n° 6, 8 févr. 2021, 139; M. Torre-Schaub, « Décryptage juridique de l'affaire du siècle », *The conversation*, 10 févr. 2021, <https://theconversation.com/decryptage-juridique-de-l-affaire-du-siecle-155053>; M. Torre-Schaub et P. Bozo, « L'affaire du siècle, un jugement en clair-obscur ? », *JCP A* 8 mars 2021; M. Hauteureau-Boutonnet, « L'affaire du siècle, de l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace ! », *D.* 2021, p. 281.
35. M. Torre-Schaub, « La gouvernance du climat : vieilles notions pour nouveaux enjeux », *Cahiers de droit, sciences et techniques*, n° 2, 2009, p. 140-163 et M. Torre-Schaub, « Le rôle de l'expertise scientifique dans le processus de prise de décision pour la protection de l'environnement », in R. Encinas de Munagorri (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, Paris, LGDJ, 2009, p. 175-199.
36. M. Torre-Schaub, B. Lormeteau (dir.), *La question climatique est-elle contraignante ? Regards croisés autour du 5^e anniversaire de l'Accord de Paris*, préc.
37. *Petition from Andrea Rodgers Harris on Behalf of Youth Petitioners to wash*, Dept of Ecology, 17/06/2014 et *Landmark US Federal Climate Lawsuit, Our Children's Trust, Federal District Court*, 08/04/2016.
38. M. Torre-Schaub, « Le contentieux climatique ou comment faire du neuf avec de l'ancien », *Revue Environnement*, n° 263, janv. 2018, p. 6-13.
39. http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/08/15/la-californie-et-san-francisco-portent-plainte-contre-l-administration-trump_5172435_3222.html; http://www.liberation.fr/planete/2017/08/07/chicago-ville-sanctuaire-porte-plainte-contre-l-administration-trump_1588695

libre entre victimes et responsables, un « faire le droit » plus juste et plus en accord avec le danger représenté par cette menace planétaire et irréversible qu'est le changement climatique⁴⁰.

1. Une diversité de procès climatiques réclamant « justice »

Le contentieux climatique ne se cantonne pas à des actions en justice contre l'État et on voit également émerger de plus en plus des actions contre des entreprises, de la part de citoyens individuels et/ou d'associations ou de « groupes de villes », leur réclamant soit des responsabilités, soit une plus grande cohérence de leurs activités par rapport à ce qu'ils affichent en termes de politique climatique ou d'obligations sociales et environnementales⁴¹. On observe d'une part, un contentieux permettant aux juges de jouir d'une marge d'appréciation croissante et, d'autre part, un droit international de plus en plus sollicité par le juge national. Inversement, on constate la production d'un droit international fertilisée par les expériences nationales⁴².

L'affaire *Urgenda* aux Pays-Bas a « fait crépiter » l'intérêt pour le sujet⁴³. *Urgenda* constitue le nom de l'ONG et fondation pour le climat à l'origine d'un des contentieux climatiques les plus médiatisés et emblématiques aux Pays-Bas, en Europe et dans le monde. Les études de cette décision ont été nombreuses et riches en enseignements. Parmi les points novateurs, citons la question cruciale de la responsabilité de l'État ou principe de diligence – *Duty of care* –; l'invocation systématique du principe de précaution; et les arguments tenant au caractère global du changement climatique comme phénomène

reconnu désormais imminent et irréversible, affectant l'humanité en tant que communauté de vie. Ces arguments rejoignent ceux tenant à la « fondamentalité » d'un droit à l'environnement sain et constituent un socle des argumentaires du procès climatique. Il est ainsi certain que cette association a su mobiliser, dans sa demande devant le juge néerlandais, une série d'arguments juridiques qui n'avaient pas jusqu'alors été déclamés dans le cadre de la lutte contre le changement climatique.

De la même manière, cette affaire judiciaire propulse la question de la responsabilité de l'État vis-à-vis de ses citoyens. Cette question⁴⁴, sans cesse réinterrogée, renouvelée, sans être complètement tranchée. Mais d'autres questions sont également soulevées. Sans rentrer ici dans le détail argumentatif des plaidoyers, ce qui est original dans le contentieux climatique est la volonté de poursuivre « une cause commune » de la part des citoyens et associations impliqués dans ces procès, et ce, en dépit de la diversité des droits mobilisés (de nature internationale, nationale, constitutionnelle, civile, urbanistique ou environnementale).

En effet, on observe à l'étude des différentes affaires que l'objectif est de pointer, à chaque fois, des déficiences de l'État et/ou des entreprises en matière d'atténuation de l'augmentation des gaz à effet de serre. Aussi, qu'il s'agisse de la question de la carence de l'État ou de la dénonciation de grands projets urbanistiques ou d'infrastructures, ou du défaut d'information climatique aux actionnaires, ou encore de la poursuite d'activités industrielles tendant à aug-

40. M. Torre-Schaub, « La justice climatique, À propos du jugement de la Cour de district de La Haye du 24 juin 2015 », préc.; M. Torre-Schaub, « L'affirmation d'une justice climatique au prétoire », *Revue québécoise de droit international* 2016, vol. 29-1, p. 161-183; M. Torre-Schaub, « Justice et justiciabilité climatique : état de lieux et apports de l'Accord de Paris », in M. Torre-Schaub (dir.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris*, op. cit., p. 107-124.

41. <http://www.novethic.fr/empreinte-terre/climat/is-rse/les-actionnaires-d-exxon-defient-trump-et-votent-pour-le-climat-144484.html>

42. G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : éloge de la "bénévolence" des juges », *RSC* 2005, p. 799.

43. J. Lin, « The First Successful Climate Negligence Case : A Comment on *Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands* », *Climate Law*, vol. 5, 2015, p. 65-81; J.K. De Graaf and J.H. Jans, « The Urgenda Decision : Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change », *J. Environmental Law*, 27(3), 2015, p. 517-527; J. Van Zeben, « Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation : Will Urgenda Turn the Tide ? », *Transnational Environmental Law*, vol. 4, 2015, p. 339-357; R. Cox, « A Climate Change Litigation Precedent : *Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands* », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 34, 2016, p. 143-163; M. Torre-Schaub, « La justice climatique, À propos du jugement de la Cour de district de La Haye », préc.; Ch. Huglo, *Le contentieux climatique, une révolution judiciaire mondiale*, éd. Bruylant, 2018; M. Torre-Schaub, « Les procès climatiques à l'étranger », *RFDA* 2019, p. 660.

44. S. Lavorel, « L'émergence d'une responsabilité climatique des États ? », in M. Torre-Schaub et al. (dir.), *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques*, Paris, Mare & Martin, 2017, p. 157-184.

menter l'accumulation de GES dans l'atmosphère, les associations sont bien décidées à rappeler à l'État et aux industriels qu'ils se doivent de ne pas mettre en danger les citoyens face au changement climatique et qu'ils doivent faire le nécessaire compte tenu de l'état du droit existant déjà en la matière au niveau national, régional et international⁴⁵.

À cet activisme associatif, viennent s'ajouter des groupements formés par des collectivités locales, des villes. Un exemple est celui fourni par l'action en justice portée par plusieurs villes côtières en Californie, portant plainte contre trente-sept compagnies pétrolières, dénommées les « *Carbon Majors* »⁴⁶.

2. L'émergence de nouvelles responsabilités climatiques

L'idée d'une responsabilité historique des pays développés envers les pays en voie de développement, également appelée « responsabilité rétrospective » apparaît de façon moins marquée dans le nouvel Accord de Paris. Une partie de la doctrine analyse la nouvelle responsabilité résultant du processus aboutissant à l'Accord comme une responsabilité « tournée vers le futur », ou « prospective »⁴⁷. Dans le même temps, la responsabilité qui pourrait peser sur chaque État sur ses actes présents⁴⁸ est également une responsabilité diluée, peu punitive puisque ce sera à chaque Partie de déterminer elle-même quel est son niveau de responsabilité (article 4.19). La question d'une responsabilité durcie dans l'Accord est ainsi fondée sur « l'impulsion d'une dynamique vertueuse d'une action inscrite sur le long terme »⁴⁹, autrement dit une responsabilité sur des actes à venir et étalée dans le temps. Ce

type de responsabilité nouvelle sera impulsée en grande partie par des recours en justice⁵⁰.

On voit ainsi émerger d'autres foyers de responsabilité, d'une part avec un renforcement du concept « classique », fondée sur le droit civil ou le droit administratif d'autre part. Également, une forme de responsabilité plus indirecte, fondée sur l'observance de l'Accord, commence à se répandre. La première est celle qui est posée dans des actions en justice devant les juridictions nationales pour réclamer la responsabilité des États ou des entreprises⁵¹. La deuxième relève plus de « la mutuelle observation », ce qu'on pourrait appeler « *the big watching* », que les nouveaux mécanismes de transparence et de *reporting* qui s'articulent dans l'Accord imposent aux différentes Parties dans les années à venir.

Si l'on analyse en détail l'objet des différentes actions en justice climatique on est souvent conduit à y voir la recherche par les demandeurs d'une forme de « responsabilisation » des acteurs. Le caractère inédit de certaines décisions ouvre des perspectives intéressantes sur leur finalité en droit interne. Ainsi, aux Pays-Bas une loi climat a été adoptée des suites de l'affaire Urgenda, et au Pakistan le gouvernement a été enjoint à adopter un texte plus ambitieux concernant la lutte contre le changement climatique. En France, d'abord l'affaire de Grande Synthèse, puis l'Affaire du siècle ont déclenché une véritable « course » parlementaire afin de voter une nouvelle loi climat pouvant épouser les objectifs de réduction posés par l'Union européenne et inscrits dans l'Accord de Paris. Ces décisions, à leur tour, produisent des effets sur l'avenir des négociations internationales ainsi que sur les

45. Affaire « Urgenda » préc. et Affaire *Leghari v. Federation of Pakistan*, WP N° 25501, *Lahore High Court*, 04/09/2015 et 14/09/2015; *Petition from Andrea Rodgers Harris on Behalf of Youth Petitioners to wash, Dept of Ecology*, 17/06/2014 et *Landmark US Federal Climate Lawsuit, Our Children's Trust, Federal District Court*, 08/04/2016.

46. L. Dupin, 22 août 2017, Novethic.fr et <http://www.novethic.fr/climat/entreprises-et-climat.html>; L. D'Ambrosio, « La responsabilité climatique des entreprises : une première analyse à partir du contentieux américain et européen », *EEI* n° 8-9/2018.

47. C. Larrère, « Comment lire l'Accord de Paris ? », in M. Torre-Schaub (dir.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris*, op. cit., p. 19-31 et L. Boisson de Chazournes, « Regards sur l'Accord de Paris », in M. Torre-Schaub (dir.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris*, op. cit., p. 97-106.

48. M. Moliner-Dubost, « Justice, équité et responsabilités communes mais différenciées dans les négociations climatiques post-2020 », in A. Michelot (dir.), *La Justice climatique*, op. cit., p. 277-292.

49. M. Moliner-Dubost, « Impressions générales sur l'Accord de Paris », in M. Torre-Schaub (dir.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris*, op. cit., p. 31-44.

50. M. Torre-Schaub, « La construction d'une responsabilité climatique au prétoire : vers un changement de paradigme de la responsabilité climatique ? », *EEI* n° 8-9/2018; A. Van Lang, « L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'État », *RFDA* 2019, p. 652.

51. Affaire « Urgenda » préc.; Affaire *Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan*, WP N° 25501, *Lahore High Court*, 04/09/2015 et 14/09/2015.

potentielles « réceptions » transnationales des différents arguments utilisés. On observe ainsi que l'affaire climat en Belgique⁵², l'affaire climat irlandaise⁵³ ou l'Affaire du siècle en France utilisent des arguments similaires s'agissant notamment de la question de la violation des articles 2 et 8 (droit à la vie et droit à la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est également le cas s'agissant de questions constitutionnelles dans l'action Juliana aux États-Unis⁵⁴, dans une affaire en Norvège et dans l'action allemande jugée récemment par la Cour fédérale constitutionnelle allemande⁵⁵.

* * *

Des suites judiciaires au sein d'autres juridictions en Europe sont également très attendues (en Espagne et en Italie, ainsi qu'au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme). Les arguments juridiques des parties ainsi que les solutions retenues par les juges serviront à alerter les juges, à renforcer leur conscience du problème climatique et, à terme, à une co-construction du droit climatique à partir de ces différentes logiques et dynamiques ici ébauchées.

52. https://prismic-io.s3.amazonaws.com/affaireclimat/18f9910f-cd55-4c3b-bc9b-9e0e393681a8_167-4-2021.pdf

53. SC of Ireland, *Friends of the Irish Environment c/ The Government of Ireland*, July 31st 2020, n° 205/19.

54. « Quelle juridiction ? », *Juliana v. United States*, n° 6 : 15-CV-01517-TC, 2016 WL 6661146.

55. Cour fédérale constitutionnelle allemande, Ordre du 24 mars 2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20.

Dossier

Le droit face aux défis de la transition écologique

Faut-il punir l'écocide ? Réflexion sur le droit pénal face à la délinquance en col vert

Charlotte Dubois

Professeur à l'Université de Bourgogne

Membre du Centre Innovation et Droit (CID EA-7531)

Voyage dans le temps et atteintes environnementales. – *Carthago delenda est* : en 146 avant notre ère, les Romains remportaient la troisième guerre punique. La légende veut que pour anéantir définitivement Carthage, ils aient recouvert la ville de sel afin de rendre la terre stérile et détruire ainsi toute trace de vie. Cet épisode marquait la fin du règne carthaginois en Méditerranée. Deux millénaires plus tard, lors de la guerre du Vietnam, les États-Unis répandaient ce qu'on a appelé « l'agent orange ». Cet herbicide très puissant était déversé par avions en vue non seulement de détruire les récoltes, mais également de faire disparaître la végétation qui servait de cachette aux Viet Cong.

Malgré les millénaires et les continents qui les séparent, ces deux événements majeurs illustrent les conséquences dramatiques que l'action humaine peut avoir sur l'environnement. Ils posent la question de la réaction du droit face aux destructions, en particulier intentionnelles,

de l'espace naturel alors que l'écocide est présenté comme une réponse à ces atteintes graves.

Naissance d'une conscience écologique. –

On a longtemps considéré que la Nature était inépuisable et ses ressources inaltérables. L'idée d'une protection des espaces naturels est apparue relativement récemment. Aux États-Unis, à la fin du XIX^e siècle, des travaux scientifiques ont alerté face aux dégradations écologiques causées par les sociétés humaines. Les premiers parcs nationaux et réserves ont alors vu le jour, dont le *Yellowstone National Park* en 1872¹. Puis, à partir des années 1960, les progrès de la science ont permis une prise de conscience par la communauté internationale des effets préjudiciables, à terme, des désastres écologiques : « trou dans la couche d'ozone, effet de serre, pluies acides, déforestation, disparition d'espèces animales et végétales, etc. »². En France, la conscience écologique a été progressive. Elle a été politique d'abord, avec l'apparition de partis

1. A. Estève, *Introduction à la théorie politique environnementale*, Armand Colin, coll. « Cursus », 2020, p. 24.

2. J. Lasserre-Capdeville, « Le droit pénal de l'environnement : un droit encore à l'apparence redoutable et à l'efficacité douteuse », in R. Nérac-Croisier (dir.), *Sauvegarde de l'environnement et droit pénal*, L'Harmattan, 2005, p. 13 et spéc. p. 18.

écologistes et la création d'un Ministère de l'Environnement dans les années 1970. Elle a été juridique ensuite : tous les pans du droit sont concernés, les préoccupations environnementales gagnant discipline par discipline. Sur le terrain pénal, des lois éparses sont apparues à partir de 1975³, sur la mer, les installations classées ou sur les produits chimiques et les engrais⁴. Sur le plan international, les Conventions se sont multipliées, de protection de la mer notamment. Sur le plan procédural, l'habilitation des associations de défense de l'environnement leur permet d'agir en présence d'atteintes à l'environnement. Sur le plan constitutionnel, l'intégration de la Charte de l'environnement au sein du bloc de constitutionnalité en 2005 consacre la protection environnementale comme une valeur sociale à part entière et la hisse au sommet de la pyramide des normes. La communauté internationale s'est également mobilisée *via* des COP, c'est-à-dire des négociations climatiques menées dans le cadre des Nations Unies; si les accords qui ont été trouvés donnent parfois l'impression de montagnes qui accouchent de souris, ils marquent malgré tout une impulsion et manifestent l'attachement de la communauté internationale à la protection de l'environnement.

Le naufrage de l'Erika a renforcé la traduction juridique de la prise en considération des désastres écologiques. La Cour d'appel de Paris⁵ a condamné pénalement l'armateur en entendant largement la faute qu'il avait commise tandis que, sur le plan civil, la juridiction dégageait pour la première fois un préjudice écologique détaché des atteintes patrimoniales individuelles. En 2016⁶, le législateur a introduit la notion de préjudice écologique dans le Code civil, quitte pour cela à repenser la notion de préjudice, délesté de son caractère personnel, pour protéger l'environnement en lui-même. L'année suivante, l'obligation de vigilance introduite par la

loi du 27 mars 2017⁷ responsabilisait les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre en leur imposant de veiller à ce que leurs filiales et sous-traitants à l'étranger ne négligent pas la protection de l'environnement.

La pression écologique s'accélère à mesure que les effets des dérèglements climatiques se font sentir et que l'exploitation déraisonnable par l'Homme de son environnement est à l'origine de la disparition d'espèces ou de catastrophes naturelles⁸. Dans ce contexte, nulle surprise à ce que la Chambre criminelle de la Cour de cassation transmette de manière quasi-automatique une question prioritaire de constitutionnalité relative au préjudice écologique, relevant « la place croissante qu'occupent les questions relatives aux atteintes portées à l'environnement dans le débat public », et en en déduisant la nouveauté de la question⁹. Nulle surprise non plus à ce que le tribunal administratif de Paris¹⁰, dans l'affaire dite du siècle, applique sans sourcilier le Code civil pour la (bonne) cause environnementale, s'autorisant « un franchissement des frontières entre les disciplines et les juridictions »¹¹.

La frénésie du droit face à la problématique environnementale est à la hauteur de la gravité de la situation. Le maillage juridique s'étend à mesure que la banquise fond. Il est légitime, nous semble-t-il, de mener en la matière une politique juridique proactive et engagée. Le droit ne saurait être une matière neutre; il est un outil au service, notamment, de la protection de valeurs au rang desquelles l'environnement occupe aujourd'hui justement une place de choix. Dans ce contexte, on observe que le juge, comme le législateur, sont devenus des militants de la cause. Or, ce tournant contemporain nous semble contestable et regrettable. Il érige la protection de l'environnement *contre* le droit au lieu de permettre cette protection *par* le droit.

3. Préf. M. Delmas-Marty, J.-H. Robert et M. Rémond-Gouilloud, *Droit pénal de l'environnement*, éd. Masson, 1983, p. 24.

4. J.-H. Robert et M. Rémond-Gouilloud, *Droit pénal de l'environnement*, *op. cit.*, p. 28.

5. Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278.

6. Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

7. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

8. Sur le lien entre dérèglements climatiques et catastrophes naturelles : Rapport de synthèse du 5^e rapport d'évaluation du GIEC, 2015, p. 7.

9. Crim., 10 nov. 2020, n° 20-82.245, inédit.

10. TA Paris, 4^e sect., ch. 1, 3 févr. 2021, n° 1904967 et a.

11. M. Torre-Schaub, « Le préjudice écologique au secours du climat, ombres et lumières », *JCP*, n° 11, 15 mars 2021, doct. 305, spéc. n° 8. V. égal. du même auteur, *Justice climatique, Procès et actions*, CNRS éd., coll. « Débats », 2020, p. 61.

Le militantisme écologique du juge. – « Qu'ils viennent me chercher ! » : la *punchline* du Président Macron a été prise au mot par des militants écologistes qui fustigent l'absence de décisions politiques courageuses dans la lutte contre le réchauffement climatique. Des actions menées aux quatre coins de la France ont conduit des activistes à faire irruption dans les Mairies afin d'y décrocher le tableau du Président. Les participants à ces initiatives furent poursuivis pour vols en réunion et traduits devant les juridictions correctionnelles. C'était sans compter sur l'engagement des juges du fond : le juge lyonnais rendit une décision coup d'éclat le 16 septembre 2019¹² (les juges gascons et strasbourgeois lui emboîtèrent le pas, sans obtenir le même retentissement médiatique¹³). En l'espèce, les avocats des prévenus avaient plaidé la relaxe « au nom d'un état de nécessité légitimant un acte délictueux proportionné à l'éloignement d'un danger grave et imminent, les prévenus n'ayant eu d'autres choix à leur portée que d'affronter les autorités par une réaction mesurée ». Le tribunal relaxe les prévenus. Malgré la réunion des éléments constitutifs de l'infraction, il refuse de prononcer une décision culpabilité. La motivation laisse pantois : « attendu que, face au défaut de respect par l'État d'objectifs pouvant être perçus comme minimaux dans un domaine vital, le mode d'expression des citoyens en pays démocratique ne peut se réduire aux suffrages exprimés lors des échéances électorales mais doit inventer d'autres formes de participation dans le cadre d'un devoir de vigilance critique ». Même si ce jugement a fait long feu¹⁴, voilà le préteur de la République qui appelle à la commission

d'infractions ! S'agit-il d'un « état de nécessité » climatique comme cela a pu être défendu¹⁵ ? Non¹⁶, car ce refus d'incriminer les faits constitutifs de l'infraction ne remplit pas les conditions légales d'un danger « actuel ou imminent »¹⁷, le danger climatique étant trop diffus; de même n'est pas remplie la condition que la riposte soit « nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien »¹⁸, et pour cause, décrocher une photographie jamais ne rebouchera la couche d'ozone... Alors, c'est sur le fondement de la très en vogue liberté d'expression et de son promoteur, le contrôle de proportionnalité, que le juge lyonnais se fonde¹⁹. D'aucuns se sont félicités de constater que « même sous la contrainte de la loi, le juge reste toujours libre et indépendant »²⁰ là où, justement, on pourrait y voir un juge asservi à la cause qu'il défend, au-dessus des lois, tributaire d'un lobbying environnemental, en un mot « un juge vert »²¹. Ce révolutionnaire inamovible mène un combat écologique. Mais il n'est pas seul dans cette démarche : le militantisme du juge trouve un écho dans celui du législateur.

Le militantisme écologique du législateur. – Le Code de l'environnement s'ouvre sur un article L. 110-1 : « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, *les sons et odeurs qui les caractérisent*, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation [...] » (la précision des « sons et odeurs » a été ajoutée par la loi du 29 janvier 2021²²). Pourtant, aux dires du Conseil constitutionnel, « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revê-

12. TGI Lyon, 7^e ch. correctionnelle, 16 févr. 2019.

13. T. corr. Auch, 27 oct. 2020, n° 403/2020. V. Th. Besse, « Liberté d'expression et intérêt général : du droit spécial au droit commun », *Dr. pén.* févr. 2021, étude 1. TJ Strasbourg, corr., 3 déc. 2020, n° 20013000138, JurisData n° 2020-021219, comm. A. Lepage, « Au tour de l'incrimination de vol d'être confrontée à la liberté d'expression », *CCE* n° 2, févr. 2021, n° 13.

14. Infirmé en appel : CA Lyon, 14 janv. 2020. V. égal. qui rejette le contrôle de proportionnalité invoqué par les « décrocheurs » pour échapper à la condamnation du chef de vol : CA Bordeaux, 16 sept. 2020, n° 20/00288, comm. A. Lepage, « Au tour de l'incrimination de vol d'être confrontée à la liberté d'expression », préc.

15. M. Torre-Schaub, *Justice climatique, Procès et actions*, CNRS éd., coll. « Débats », 2020, p. 15.

16. V. not. D. Roets, « Du vol d'un portrait officiel du président de la République comme moyen de lutter contre le réchauffement climatique : quelle "justification" ? », *D.* 2019, p. 1973.

17. Art. 121-7 C. pén.

18. *Ibid.*

19. C. Dubois, « L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit pénal », *RDA*, n° 20, oct. 2020, p. 62.

20. P. Spinosi, Édito « Justice – Salomon », *JCP G* 7 oct. 2019, 1000.

21. Cité par G. Beaussonie, « Décrochage du portrait du président de la République – Le vol appréhendé par le juge comme le substitut légitime d'un dialogue impraticable », *Aperçu rapide, JCP G*, n° 42, 14 oct. 2019, 1042.

22. Loi n° 2021-85 du 29 janv. 2021 visant à définir et protéger le patrimoine sensoriel des campagnes françaises.

tue d'une portée normative »²³. Ne faut-il pas en effet lutter contre les « lois bavardes »²⁴, dépourvues de portée normative, contre « un droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux »²⁵ ? Il n'est point à douter que l'idéal législatif de Portalis, selon lequel la loi « permet ou elle défend ; elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense »²⁶ est bien loin... Le Code de l'environnement s'ouvre sur un slogan et non sur une prescription normative.

En somme, si le droit de l'environnement en général et le droit pénal de l'environnement en particulier doivent aujourd'hui s'imposer et réguler les comportements, si l'ère du déni dans laquelle on ventait les bienfaits de l'avion au nom de la mobilité et on se souciait peu de la déforestation pour l'extraction minière a pris fin, le droit de l'environnement est victime de son succès. Outil de communication, plus qu'outil juridique, il se prive des clés à même d'assurer son efficacité. Alors qu'on souhaiterait voir un droit *actif* dans la lutte contre les atteintes environnementales, on constate qu'il est un droit *activiste*. Mais il ne fallait pas s'arrêter là. Le militantisme a laissé place au populisme.

Du militantisme au populisme. – Puisque l'opinion publique s'est saisie (à juste titre) des enjeux écologiques, on a cru bon de lui permettre d'être investie de la charge de légiférer sur la question. Composée de cent cinquante citoyens tirés au sort, pleins de bonne volonté mais sans aucune connaissance ni formation juridiques, une Convention citoyenne fut constituée, laissant penser qu'on pouvait s'improviser législateur, comme on aurait pu se proclamer

pilote de chasse ou chirurgien. Selon son site internet, cette instance a « pour vocation de donner la parole aux citoyens et citoyennes pour accélérer la lutte contre le changement climatique »²⁷. C'est ainsi qu'avec l'aisance d'un cochon qui s'essaye à la voltige, au nom de « la lutte contre le paternalisme et du respect du pluralisme »²⁸, le travail de la Convention a abouti à 149 propositions présentées au Président de la République le 29 juin 2020. Parmi celles-ci, on trouvait la création d'un « crime d'écocide ». Le mot est dit : *écocide*.

La notion d'écocide. – Si l'environnement apparaît comme particulièrement vulnérable, si certains comportements qui lui portent atteinte sont particulièrement inadmissibles, la question s'est légitimement posée de savoir si une réponse pénale devait être apportée aux atteintes graves qui lui sont portées. En effet, si des lois pénales de l'environnement existent, la matière souffre, en ce domaine, d'un défaut manifeste d'efficacité. Le Rapport *Une justice pour l'environnement*²⁹ a, après des constats alarmants³⁰, mis en évidence l'inaptitude du droit pénal à lutter efficacement contre les atteintes environnementales. Pourtant, on le sait, le droit pénal revêt une double fonction : expressive et répressive³¹. Par la fonction expressive, il marque l'attachement de la société à des valeurs sociales considérées comme fondamentales. La sécrétion de l'écocide accorderait ainsi une place symbolique à la protection de l'environnement en droit français. Par la fonction répressive, le droit pénal punit : incriminer les atteintes à la Nature permettrait de frapper les auteurs de comportements graves, de

23. Cons. const. n° 2004-500 DC, 29 juill. 2004.

24. Cons. d'État, *De la sécurité juridique*, Rapport public, 1001, La Documentation française 1992, EDCE n° 43.

25. *Ibid.*

26. J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, par P.-A. Fenet, 1836, p. 479.

27. Comme le souligne un auteur, « le choix du tirage au sort pour sélectionner les 150 membres de la Convention reflète la volonté du gouvernement de donner l'image d'une instance représentative de la société française », A. Estève, *Introduction à la théorie politique environnementale*, *op. cit.*, p. 156.

28. A. Estève, *Introduction à la théorie politique environnementale*, *ibid.*

29. « Une justice pour l'environnement – Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement », oct. 2019, Ministère de la Transition écologique et solidaire et Ministère de la Justice.

30. J. Lasserre-Capdeville, « Le droit pénal de l'environnement : un droit encore à l'apparence redoutable et à l'efficacité douteuse », préc. ; D. Chilstein, « L'efficacité du droit pénal de l'environnement », in O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », juill. 2010, p. 67 ; D. Guihal, « Le droit pénal de l'environnement peut-il encore être efficace ? », in *Mélanges J.-H. Robert*, LexisNexis, 2021, p. 330 ; L. Neyret, « La sanction en droit de l'environnement – Pour une théorie générale », in C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporains*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 533, spéc. n° 22.

31. Not. X. Pin, *Droit pénal général 2021*, Dalloz, coll. « Cours », 12^e éd., 2020, n° 3.

moraliser les comportements et d'encourager à un respect de l'environnement. Des voix se sont élevées, affirmant qu'« eu égard aux conséquences dramatiques prédites pour les décennies à venir, le comportement des grands pollueurs devrait être considéré comme criminel »³².

Alors, la création d'une infraction autonome et générale, ne serait-elle pas le remède miracle ? Quelle forme devrait prendre cette infraction ? Quelle qualification recouvrerait-elle, crime ou délit ? Certains auteurs ne mollissent pas sur les moyens déployés affirmant qu'« il est ainsi désormais primordial, pour la cohérence du droit de l'environnement, de reconnaître le crime contre l'humanité et la nature, que l'on pourrait qualifier de "Naturacide" »³³ ou encore de « geocide »³⁴. Aujourd'hui, c'est la qualification d'écocide qui est au cœur des débats relatifs au droit pénal de l'environnement.

Étymologiquement le terme d'écocide vient du grec *oïkos*, qui signifie la maison, et du suffixe latin *caedere*, qui signifie tuer. Ainsi, littéralement, l'écocide consiste à « tuer la maison ou l'écosystème »³⁵. Dès lors, si l'écocide détruit l'environnement, il anéantit à plus long terme l'espèce humaine faisant dire à une ancienne ministre de l'Écologie qu'il « intègre directement ou indirectement la notion d'"humacide", qui est un crime contre l'humain privé de la possibilité de vivre dans son milieu et donc destiné à mourir »³⁶. Bien sûr, la notion d'écocide reste limitée aux atteintes les plus graves à l'environ-

nement. Ne s'en rend pas coupable celui qui jetterait un mouchoir dans la nature ou qui placerait négligemment une bouteille en verre dans un bac de produits plastiques³⁷... La gravité des faits requis pour répondre à la qualification d'écocide justifie pour certains de cantonner la qualification aux infractions internationales, quitte à restreindre drastiquement le champ d'application de l'infraction. Dès lors, l'écocide pourrait être défini comme « un crime international consistant dans le fait de porter une atteinte grave à l'environnement ou de détruire celui-ci de manière à altérer de façon grave et durable les biens communs ou des écosystèmes dont dépendent certains groupes humains. En somme, l'écocide serait l'équivalent d'un génocide ou d'un crime contre l'humanité attaché à l'environnement au regard de ses conséquences sur les êtres humains »³⁸. De la même façon, un auteur souligne que « le crime d'écocide est un crime global, ce qui implique une localisation transnationale, une inscription transtemporelle et une application transpersonnelle »³⁹.

Le concept d'écocide émerge au début des années 1970 : dans le contexte de la guerre du Vietnam, le concept est révélé par des scientifiques américains, et plus particulièrement par le botaniste Arthur Galston, qui constatent les dommages causés par l'agent orange⁴⁰. En 1973, le terme d'écocide est popularisé par un projet de convention sur les crimes de guerre environ-

32. V. Cabanes, *Un nouveau droit pour la Terre – Pour en finir avec l'écocide*, éd. du Seuil, 2016, p. 24.

33. E. Naim-Gesbert, *Droit général de l'environnement*, 3^e éd. LexisNexis, 2019, n° 141.

34. G. Berat, « *Defending the right to a healthy environment : Toward a crime of geocide in international law* », *Boston University Law Journal*, vol. 11, 1993, cité par V. Cabanes, *Un nouveau droit pour la Terre – Pour en finir avec l'écocide*, op. cit. p. 303. L'auteur envisage le geocide comme le pendant environnemental du génocide et le définit comme « la destruction intentionnelle, en tout ou en partie, de l'écosystème mondial, par le fait de tuer les membres d'une espèce ; de causer des lésions corporelles ou mentales graves aux membres de cette espèce ; d'infliger à l'espèce des conditions de vie entraînant sa destruction physique en tout ou en partie ; et d'imposer des mesures qui empêchent les naissances au sein du groupe ou conduisent à des anomalies congénitales ».

35. C. Lepage, « Le droit d'écocide : une "avancée" qui ne répond que très partiellement au droit européen », *Dalloz actu*. 17 févr. 2021.

36. *Ibid.*

37. Comme le souligne un auteur qui invite à une réponse graduée : « du banal au tragique, il ne s'agit pas de confondre l'affichage illégal avec la destruction de la forêt amazonienne », M. Delmas-Marty, « Perspectives ouvertes par le droit de l'environnement », *RJE*, vol. 39, n° spécial 2014, p. 8.

38. G. Poissonnier, « Tribunal Monsanto : vers une définition de l'écocide ? », *D.* 2016, p. 2512. L'auteur reprend la définition donnée par le tribunal international Monsanto, un tribunal citoyen composés de juges de différentes nationalités qui a rendu un avis consultatif le 10 déc. 2016.

39. L. Neyret, « Libres propos sur le crime d'écocide : un crime contre la sûreté de la planète », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de G.J. Martin*, éd. Frison-Roche, 2013, p. 411, spéc. p. 420.

40. A. Estève, *Introduction à la théorie politique environnementale*, op. cit. p. 180 et s. ; V. Cabanes, *Un nouveau droit pour la Terre – Pour en finir avec l'écocide*, op. cit. p. 297 et s.

nementaux : *Environmental Warfare and Ecocide – Facts, Appraisal, and Proposals*.

L'écocide en droit comparé. – La protection de la Nature a gagné la communauté internationale, certains États allant jusqu'à lui consacrer des droits⁴¹. C'est ainsi que la Cour suprême de justice de Bogota a été saisie d'indigènes victimes d'une déforestation de leur territoire et, par-là même, d'une atteinte à leurs droits et à ceux des générations futures, à la vie, à la santé et à un environnement sain. Par une décision remarquée, la Cour a décidé de reconnaître l'Amazonie colombienne comme « sujet de droits »⁴². Pourtant, la protection de la nature n'est pas limitée à la Pacha Mama sud-américaine. L'écocide connaît une consécration dans nombre de droits nationaux. Ainsi de l'article 278 du Code pénal vietnamien⁴³ ou des législations d'ex-Républiques soviétiques ou de pays satellites (telles que la Géorgie, le Kazakhstan, le Kirghizistan et bien d'autres⁴⁴). Enfin, l'article 358 du Code pénal de la Fédération de Russie définit ainsi l'écocide : « destruction massive du monde végétal ou animal, empoisonnement de l'atmosphère ou des ressources aquifères, et accomplissement de tout autre acte susceptible de conduire à une catastrophe écologique ». Il le sanctionne d'une privation de liberté d'une durée de 12 à 20 ans.

En droit français, « la Nature doit rester un objet de droit, mais un objet particulier, sur lequel les pouvoirs de l'Homme doivent être limités »⁴⁵. Dans ce contexte, se pose inéluctablement la question de savoir si le droit pénal français devrait, lui aussi, consacrer l'écocide.

Plan. – Répondre à la question de l'opportunité de punir l'écocide suppose de diagnostiquer

les lacunes du droit positif pour déterminer si l'écocide pourrait y être un remède. En somme, il faut se demander pourquoi sanctionner l'écocide (I) et comment le sanctionner (II).

I. Pourquoi sanctionner l'écocide ?

Les raisons. – Sanctionner l'écocide en droit interne permettrait de compenser l'échec patent du droit pénal à dissuader et sanctionner les atteintes environnementales (A) et de relayer la condamnation de l'écocide dans l'ordre international, que d'aucuns estiment plus audacieux que le droit pénal français (B).

A. Compenser un droit pénal inefficace

Plan. – Si se pose la question aujourd'hui de sanctionner l'écocide, c'est bien que le maillage infractionnel ne répond pas suffisamment à l'importance attachée à l'environnement dans la société contemporaine. Ni les infractions de droit pénal de l'environnement, ni les infractions de droit commun lorsqu'elles saisissent indirectement des atteintes environnementales, ne permettent de sanctionner comme il le faudrait les comportements graves attentatoires à l'écosystème.

1. L'inefficacité des qualifications spéciales

Constater l'inefficacité. – Il serait erroné de croire à une inexistence du droit pénal de l'environnement. Loin s'en faut⁴⁶. La matière est au contraire un maillage étroit d'infractions ; certaines constituent ce que la doctrine appelle du droit pénal sanctionnateur, c'est-à-dire un droit qui intervient comme le bras armé d'obligations extrapénales et en assure l'effectivité (par exemple la sanction de demandes d'autorisation,

41. A. Estève, *Introduction à la théorie politique environnementale*, op. cit. p. 178 et s.

42. Sur cette décision, v. M. Torre-Schaub, *Justice climatique, Procès et actions*, op. cit. p. 24.

43. L. Neyret, « Libres propos sur le crime d'écocide : un crime contre la sûreté de la planète », préc., spéc. p. 416 ; V. Cabanes, *Un nouveau droit pour la Terre – Pour en finir avec l'écocide*, op. cit. p. 302 ; art. 342 du C. pén. vietnamien : « le fait, pour toute personne, en temps de paix ou en temps de guerre, de massacrer massivement des habitants d'une région, de détruire des ressources d'existence et la vie culturelle et spirituelle d'une nation, de bouleverser les bases d'une société en vue de la détruire ou de commettre tout autres acte de génocide ou de destruction de la vie des êtres vivants ou du milieu naturel, est puni de dix à vingt ans d'emprisonnement, de la réclusion à perpétuité ou de la peine de mort ».

44. R. Estupinan-Silva, « La lutte contre la criminalité environnementale au sein des États », in L. Neyret (dir.), *Des écocrimés à l'écocide – Le droit pénal au secours de l'environnement*, préf. M. Delmas-Marty, Bruylant, 2015, p. 19, spéc. p. 29.

45. C. Courtaigne-Deslandes, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, éd. ANRT, coll. « Thèse à la carte », 2010, n° 22.

46. V. en particulier le Chapitre III du Titre VII du Livre I^{er} de la partie législative du Code de l'environnement, qui est consacré aux « sanctions pénales ».

d'obligations de conformité...⁴⁷). D'autres, à l'inverse, relèvent du droit pénal déterminateur⁴⁸, c'est-à-dire du champ d'application naturel de la matière répressive, le droit pénal posant tant l'interdit que la sanction (par exemple, les infractions en matière de pollution).

Si le droit pénal de l'environnement est dans les lois, il se retrouve moins dans les prétoires : est unanimement dressé un constat d'inefficacité du droit pénal de l'environnement⁴⁹. On déplore « un contentieux environnemental délaissé qui le rend invisible »⁵⁰ : ainsi, « les alternatives aux poursuites, qui représentent 75 % de la réponse judiciaire en matière environnementale, sont essentiellement constituées par des rappels à la loi et des classements sous condition après régularisation sur demande du parquet »⁵¹. Les chiffres sont en effet alarmants : « le droit pénal de l'environnement est un parent plus que pauvre, moins de 1 % des délits reconnus et 50 % d'infractions liées à la chasse ! »⁵². Dans les affaires dans lesquelles l'auteur est identifié, le

taux de classement sans suite est de moitié⁵³. Le durcissement des peines⁵⁴ n'a pas permis de revaloriser ce droit pénal mal-aimé. Si ce contentieux reste « marginal »⁵⁵ au sein des juridictions pénales, on note entre 2015 et 2019 une hausse significative des affaires qui permet de conserver une pointe d'optimisme⁵⁶.

Comprendre l'inefficacité. – La doctrine est partie en quête d'explications pour comprendre pourquoi le droit pénal de l'environnement n'était pas à la hauteur des espoirs qui reposent sur lui. Plusieurs facteurs ont été invoqués outre des difficultés probatoires⁵⁷ : déjà, on a souligné la difficulté de la répression d'infractions présentant un caractère préventif (comme le non-respect de formalités administratives pour lequel, à supposer les poursuites aboutir, les condamnations prononcées ne sont pas élevées)⁵⁸. La constitution des infractions serait la source de l'inefficacité de la matière⁵⁹. Finalement, « rares sont les textes qui désignent la réalisation d'un

47. Par ex., L. 173-1 C. env.

48. Sur la distinction du droit pénal sanctionneur et déterminateur, v. M. Leroux-Campello, *Les sanctions en droit de la consommation*, préf. A. Lepage et D. Mazeaud, th. dacty., n° 79. V. égal. la distinction entre droit pénal autonome et droit pénal accessoire : C. Courtaigne-Deslandes, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, op. cit., n° 51 et n° 52.

49. Qui conteste les idées reçues sur le droit pénal de l'environnement, v. Th. Fossier, « Propos introductifs », in *Le droit de l'environnement : 30 ans d'intégration, Bilan et perspectives*, op. cit., p. 201.

50. Rapport « Une justice pour l'environnement – Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement », oct. 2019, préc., spéc. p. 17.

51. Rapport « Une justice pour l'environnement – Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement », oct. 2019, préc., spéc. p. 24. Dans le même sens, v. M. Bouhoute et M. Diakhaté, « Le traitement du contentieux de l'environnement par la justice pénale », Infostat Justice, n° 182, avr. 2021, Ministère de la Justice, www.justice.gouv.fr. Les auteurs de ce rapport avancent que sur la période de 2015 à 2019, les orientations en poursuites du contentieux environnement représentent 24 % de la réponse pénale (contre plus de la moitié dans le cadre de l'ensemble du contentieux).

52. C. Lepage, « Le droit d'écocide : une "avancée" qui ne répond que très partiellement au droit européen », préc.

53. D. Guihal, « Le droit pénal de l'environnement peut-il encore être efficace ? », préc., spéc. p. 334. L'auteur se fonde sur un rapport déposé en février 2005 par la mission interministérielle sur le renforcement et la restructuration des polices de l'environnement ; ce rapport faisait état, en 2003, pour les sept parquets de la région d'Île-de-France, d'un taux de classement sans suite dans les affaires poursuivables de 53 % en matière environnementale contre 32,5 % pour le contentieux général. Ces statistiques peuvent également s'expliquer par un recours important aux alternatives aux poursuites en matière environnementale. V. égal. les chiffres livrés par le rapport « Une justice pour l'environnement – Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement », préc., spéc. p. 18 et s. Plus récemment encore : M. Bouhoute et M. Diakhaté, « Le traitement du contentieux de l'environnement par la justice pénale », préc., spéc. p. 3.

54. L. Neyret, « La sanction en droit de l'environnement – Pour une théorie générale », préc., spéc. n° 22. Ce durcissement est le fruit de l'ordonnance du 11 janv. 2012 (ord. n° 2012-34 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du Code de l'env., *JORF* n° 0010 du 12 janv. 2012, p. 564 et s.). V. V. Jaworski, « Les sanctions pénales : atouts et insuffisances du droit pénal de l'environnement », in E. Juen et A. Tomadini (dir.), *Le droit de l'environnement : 30 ans d'intégration, Bilan et perspectives*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2020, p. 209, spéc. p. 212.

55. M. Bouhoute et M. Diakhaté, « Le traitement du contentieux de l'environnement par la justice pénale », préc.

56. *Ibid.* Les auteurs du rapport notent une hausse de 14 % des poursuites sur cette période.

57. D. Chilstein, « L'efficacité du droit pénal de l'environnement », préc., n° 14.

58. *Ibid.*, n° 10.

59. C. Courtaigne-Deslandes, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, op. cit., *passim*, spéc. n° 435 et s. L'auteur prône un abandon des incriminations accessoires en matière environnementale.

dommage comme l'objet même du délit »⁶⁰. Le comportement semble bien souvent anodin, si bien que les peines qui lui sont associées sont faibles, alors même que ses conséquences à long terme pourraient s'avérer désastreuses⁶¹. Nous voilà bien loin du droit chinois qui punit de peine de mort certains faits de pollution qui ont causé la mort d'une personne⁶² ou du droit kenyan qui expose à 32 000 euros d'amende et 4 ans d'emprisonnement le fait d'utiliser un sac plastique⁶³ !

En réalité, le droit pénal français de l'environnement souffre de son caractère diffus ; les répercussions sanctionnées étant éloignées dans le temps (et parfois dans l'espace) du comportement réprimé, l'opprobre est limité. Le droit pénal de l'environnement apparaît ainsi comme un droit rébarbatif et bureaucratique, alors qu'il n'est, en réalité, qu'un droit préventif ; c'est ainsi que « le droit pénal dérivé de l'environnement ne punit pas les atteintes à la nature, à la faune et à la flore, mais la désobéissance aux injonctions de l'administration »⁶⁴. Un Garde des Sceaux relevait à cet égard que « le droit pénal de l'environnement n'est rien d'autre que la somme d'un nombre considérable d'incriminations destinées à réprimer le non-respect d'un nombre considérable de prescriptions techniques »⁶⁵.

Qui plus est, comme beaucoup de droits techniques, l'incrimination par renvoi rendrait la

matière « difficile à décrypter »⁶⁶. S'ajoute à cela que la cohérence du droit pénal de l'environnement est parfois bien mystérieuse... C'est ainsi que M. Lasserre-Capdeville prend l'exemple de la différence de traitement réservé au cueilleur d'une fleur appartenant à une espèce protégée qui encourt 6 mois d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende (art. L. 415-3 C. env.) et à l'exploitant d'une centrale nucléaire de base qui commet une infraction de pollution radioactive, qualifiée de simple contravention de 5^e classe, et qui encourt de ce fait 1 500 euros d'amende⁶⁷. Les fonctions dissuasives et répressives du droit pénal sont-elles bien remplies quand EDF est condamnée à deux contraventions de 3 750 € chacune pour avoir notamment stocké de l'eau radioactive dans un puisard en violation des règles de sécurité⁶⁸ ? Pire, la faiblesse des peines encourues encourage parfois à la faute lucrative, c'est-à-dire que l'auteur tire un plus grand profit à violer l'obligation qu'à s'y conformer⁶⁹.

Outre ces difficultés propres au droit pénal de l'environnement, certaines contraintes du droit pénal général sont exacerbées en matière environnementale. C'est ainsi que la réforme du Code pénal a été l'occasion de supprimer les délits matériels pour exiger la preuve d'un élément moral ; or, nombre de délits environnementaux ont trouvé leur répression entravée par cette

60. D. Guihal, « Le droit pénal de l'environnement peut-il encore être efficace ? », préc., spéc. p. 337.

61. En ce sens, *ibid.*, spéc. p. 337.

62. M.-A. Cohendet, « Le droit répressif, quelles valeurs, quelles frontières ? », *Rev. jurid. de l'env.*, vol. 39/HS01, p. 15-32, spéc. p. 18.

63. « Pour lutter contre la pollution, le Kenya bannit les sacs en plastique », *lemonde.fr*, 28 août 2017.

64. C. Courtaigne-Deslandes, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, op. cit. n° 631.

65. P. Arpaillange, Intervention au colloque organisé au parc océanique les 13, 14 et 15 déc. 1989, in *Écologie et pouvoir*, éd. La Documentation française, 1990, p. 35, cité par C. Courtaigne-Deslandes, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, th. dacty., préf. J.-H. Robert, Paris II, 15 sept. 2010, n° 4.

66. L. Neyret, « La sanction en droit de l'environnement – Pour une théorie générale », préc., spéc. n° 6.

67. J. Lasserre-Capdeville, « Le droit pénal de l'environnement : un droit encore à l'apparence redoutable et à l'efficacité douteuse », préc., spéc. p. 63. Le décret n° 63-1228 du 11 déc. 1963 relatif aux installations nucléaires a été abrogé le 4 novembre 2007. Dans le même sens quant à l'incohérence des sanctions : V. Jaworski, « Les sanctions pénales : atouts et insuffisances du droit pénal de l'environnement », préc., spéc. p. 214.

68. Trib. de police de Dieppe, 17 sept. 2014, n° 14/050. Pourtant, comme le souligne un auteur, « cette fonction de dissuasion (ou "fonction d'intimidation collective") est capitale en droit de l'environnement lorsque les atteintes portées provoquent des dommages irréversibles sans possibilité de retour *in integrum* à la situation antérieure à la commission de l'infraction », V. Jaworski, « Les sanctions pénales : atouts et insuffisances du droit pénal de l'environnement », préc., spéc. p. 211.

69. Pour illustrer, v. D. Guihal, « Le droit pénal de l'environnement peut-il encore être efficace ? », préc., spéc. p. 335. C. Dubois, « L'amende civile », in *Le droit de l'environnement : 30 ans d'intégration, Bilan et perspectives*, op. cit., p. 250.

exigence nouvelle⁷⁰. Enfin, l'incontournable principe de légalité des délits et des peines et son corollaire, l'interprétation stricte de la loi pénale, n'ont pas permis de saisir aussi largement qu'escompté les atteintes constatées à l'environnement (en ce sens, Monsieur Chilstein souligne par exemple que la pollution des rivières a longtemps été réprimée sur le fondement d'un texte incriminant le braconnage... !⁷¹).

Combattre l'inefficacité. – Face à l'échec du droit pénal traditionnel dans la lutte contre les atteintes environnementales, le législateur a décidé de renouveler le droit pénal. Pour ce, la loi du 24 décembre 2020⁷² crée une procédure conventionnelle (une « convention judiciaire écologique »⁷³), directement inspirée de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP pour les intimes) qui existe en matière de lutte contre la corruption et contre la fraude fiscale⁷⁴. Spécifique à la matière environnementale, consacrée à l'article 41-1-3 du Code de procédure pénale, cette procédure s'inscrit dans un nouvel élan du droit pénal : faute de pouvoir s'imposer, il doit composer. Ce nouveau dispositif vient compléter la transaction qui existait déjà en matière environnementale, pour des infractions de moindre gravité⁷⁵. Réservée aux personnes morales (lesquelles sont surprésentées dans le contentieux

environnemental⁷⁶) et pour les seuls délits du Code de l'environnement, la CJIP constitue une alternative aux poursuites qui permet à l'auteur du délit d'échapper à la condamnation pénale. Il n'en demeure pas moins soumis à des obligations, prévues par la convention, telles que le paiement d'une amende d'un montant particulièrement dissuasif, une régularisation de sa situation dans le cadre d'un programme de mise en conformité et une réparation du préjudice écologique. Le Conseil d'État avait d'ailleurs réservé un accueil favorable à cette nouvelle procédure⁷⁷.

En attendant de voir si la CJIP connaîtra, en matière environnementale, le succès qui est le sien dans la lutte contre la corruption⁷⁸, le droit pénal de l'environnement reste un « épouvantail ridicule »⁷⁹. Comme bien souvent dans les matières techniques, c'est le droit administratif qui a pris la relève⁸⁰. Pourtant, ne déclarons pas forfait si facilement : les dispositions du Code pénal pourraient laisser espérer une meilleure protection pénale de l'environnement.

2. L'insuffisance des qualifications de droit commun

Le rattachement artificiel de l'environnement aux atteintes aux personnes. – La Cour européenne des droits de l'Homme ne dispose

70. D. Chilstein, « L'efficacité du droit pénal de l'environnement », préc., n° 9. V. toutefois C. Courtaigne-Deslandes, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, op. cit., spéc. n° 387 et n° 412 et s. qui démontre qu'en réalité certaines fautes intentionnelles (pour les délits forestiers et pour des incriminations accessoires) se déduisent en réalité de la seule violation de la règle. Pour les délits de police, l'auteur souligne que « c'est une faute objective normative, dénuée de toute dimension éthique, dont le seul but est de rendre la règle obligatoire » (n° 429). D. Guihal, Th. Fossier et J.-H. Robert, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 5^e éd. 2021, n° 550 et s., les auteurs revenant sur « le rôle de l'intention en droit pénal de l'environnement ».

71. D. Chilstein, « L'efficacité du droit pénal de l'environnement », préc., spéc. n° 8.

72. Loi n° 2020-1672 du 24 déc. 2020.

73. L. Malgrain et J.-P. Picca, « Le Parquet européen et la nouvelle CJIP environnementale », *JCP G*, n° 7, 15 févr. 2021, doct. 203. V. égal. D. Guihal, Th. Fossier et J.-H. Robert, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 5^e éd., 2021, n° 294 et s.

74. J.-B. Perrier, « La convention judiciaire pour les infractions environnementales : vers une *compliance* environnementale », *D.* 2020, p. 396.

75. Art. L. 173-12 C. env.

76. M. Bouhoute et M. Diakhaté, « Le traitement du contentieux de l'environnement par la justice pénale », préc., spéc. p. 2. Les auteurs expliquent que les personnes morales représentent 13 % des auteurs pour ce contentieux, contre 4 % pour l'ensemble des affaires pénales.

77. Cons. d'État, Section de l'intérieur et Section des finances, avis du 23 janv. 2020, n° 399314, spéc. n° 27 et s.

78. Il est permis d'en douter car les grandes entreprises fautives ne seront pas incitées, en matière environnementale, à transiger comme elles le sont en matière de blanchiment, faute de crainte d'une lourde sanction pénale, qui plus est attentatoire à leur réputation. En ce sens, J.-B. Perrier, « La convention judiciaire pour les infractions environnementales : vers une *compliance* environnementale », préc.

79. J. Lasserre-Capdeville, « Le droit pénal de l'environnement : un droit encore à l'apparence redoutable et à l'efficacité douteuse », préc., spéc. p. 68.

80. L. Fonbaustier, « L'efficacité de la police administrative en matière environnementale », in O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement, Mise en œuvre et sanctions*, Dalloz, 2010, p. 109 ; L. Neyret, « La sanction en droit de l'environnement – Pour une théorie générale », préc., spéc. n° 24.

pas de fondement textuel, au sein de la Convention, pour réprimer les atteintes environnementales que d'aucuns rattachent au *Jus cogens*⁸¹. Pourtant, cela ne l'a jamais empêchée, en dehors de tout support et sous couvert d'une lecture dynamique et évolutive de la Convention, de créer des droits. C'est ainsi qu'a été dégagé le droit à un « environnement sain »⁸², artificiellement rattaché à la vie privée et familiale de l'article 8 et au droit à la vie de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁸³. Toutefois, ce prisme anthropologique de la protection de l'environnement n'est pas satisfaisant. Déjà, il fausse l'approche des atteintes environnementales : elles ne sont pas subjectives, mais objectives. Elles ne sont pas individuelles mais collectives⁸⁴. Dès lors, elles mériteraient d'être autonomisées. Passer par la protection de la personne pour les saisir est un recours d'opportunité, à défaut de protection autonome efficace. Il se justifie par une approche à double-détente de l'atteinte environnementale : si les atteintes touchent en premier lieu la Nature, à plus long terme, elles auront des répercussions sur l'Homme, parfois sur les générations futures. Constaté sur le terrain des droits fondamentaux, le recours aux atteintes à la personne pour saisir les atteintes à l'environnement se retrouve en matière pénale. De fait, à défaut d'une application efficace des infractions environnementales, il est séduisant de se tourner vers les atteintes à la personne humaine du Livre II du Code pénal pour sanctionner les violations de normes environnementales.

Homicide et blessures involontaires. – En premier lieu, les infractions matérielles involontaires d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique

de la personne peuvent être utilement mobilisées afin de sanctionner des dommages environnementaux. Dans cette hypothèse, la protection de l'environnement s'efface devant la protection de la personne humaine. Ainsi, d'un violent incendie causé par un jet d'aérosol au sein d'un dépôt d'hydrocarbures qui tue deux salariés et en blesse gravement d'autres : la norme environnementale est le support permettant de retenir une faute délibérée à l'encontre du prévenu⁸⁵.

Risque causé à autrui. – En second lieu, le délit de risque causé à autrui peut également permettre de saisir ce qui, en réalité, constitue une atteinte environnementale. L'article 223-1 du Code pénal réprime « le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement ». Ainsi, a pu être condamnée sur ce fondement une société qui, en violation d'un décret et d'un arrêté, avait provoqué une pollution aux métaux lourds⁸⁶. Ici, le lien entre l'atteinte environnementale et l'atteinte à la personne s'impose : un dépistage de saturnisme chez les enfants avait été effectué et nombre d'entre eux révélaient une plombémie supérieure à la moyenne.

Toutefois, s'agissant de réprimer une infraction formelle, les conditions posées par le texte sont très exigeantes, rendant difficile son application en matière environnementale. Ainsi, un arrêt d'appel qui condamne un prévenu pour ne pas avoir nettoyé un site sur lequel il avait laissé des dizaines de tonnes d'obus, munitions et explosifs, est cassé par la Chambre criminelle, faute, pour les juges du fond, d'avoir recherché

81. L. Berat, « *Defending the right to a healthy environment : Toward a crime of geocide in international law* », *Boston University Law Journal*, vol. 11, 1993, p. 339, cité par V. Cabanes, *Un nouveau droit pour la Terre – Pour en finir avec l'écocide*, op. cit. p. 231.

82. Par ex., CEDH, 27 janv. 2009, *Tatar*, n° 67021/01 ; CEDH, 30 mars 2010, *Bacila*, n° 19234/04, D. 2010, p. 2468 ; F.-G. Trébulle. Dans cette deuxième affaire, une voisine se plaignait d'une pollution industrielle ; la Cour admet l'applicabilité de l'article 8 Conv. EDH en retenant « l'incidence directe des émissions nocives sur le droit de la requérante au respect de sa vie privée et familiale ».

83. Notons que les juridictions des États membres se font l'écho de la jurisprudence européenne ; c'est ainsi que, sur le fondement de ces articles, le gouvernement néerlandais a été poursuivi devant ses juridictions nationales pour avoir « exposé illégalement la communauté internationale au risque d'un changement climatique dangereux », M. Torre-Schaub, *Justice climatique, Procès et actions*, p. 41.

84. C. Dubois, « La responsabilité civile pourrait-elle voler au secours de la culture ? », *RTD civ.* 2020, n° 2, p. 275.

85. Crim., 5 févr. 2002, n° 01-81.470, inédit.

86. Crim., 21 sept. 2010, n° 09-86.258, inédit.

la loi ou le règlement édictant une obligation particulière de prudence ou de sécurité qui aurait été violée de façon manifestement délibérée⁸⁷. *A fortiori* ne peut prospérer sur le fondement de ce texte l'action d'une mère de famille qui se constitue partie civile contre le préfet de Paris au motif qu'il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour éviter les pics de pollution dans la capitale⁸⁸ !

Rares sont les assouplissements de cette rigueur. Une décision mérite toutefois d'être relevée⁸⁹ : si la norme violée qui sert de support à l'infraction de risque causé à autrui doit être réglementaire au sens constitutionnel, la Chambre criminelle a malgré tout admis qu'il s'agisse d'une autorisation individuelle (en matière d'installation classée), si tant est qu'y « sont reconduites les prescriptions générales de dispositions réglementaires »⁹⁰.

Quoi qu'utile, le recours aux infractions du Livre II pour réprimer les atteintes environnementales n'est pas totalement satisfaisant. Il ne traduit pas l'émergence de l'environnement comme valeur autonome. Aussi commencent à poindre, au sein du Code pénal, des incriminations spécifiques à la matière environnementale.

3. Les prémices d'une qualification autonome

Environnement et intérêts de la nation. – Le Livre IV du Code pénal s'ouvre sur un article 410-1 qui définit les « intérêts fondamentaux de la nation », expression préférée à celle de « sûreté de l'État » du Code pénal de 1810. Ce changement terminologique s'est accompagné d'un élargissement des intérêts protégés : à la traditionnelle protection de la sécurité de la nation, s'est ajouté « l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement ». Par-là, on voit que la protection de l'environnement est consacrée comme participant à la protection de la nation. Toutefois, cette consécration expressive ne s'est pas accompagnée d'un dispositif répressif. Dès

lors, comme le soulignent des auteurs, « il est légitime de se demander ce qu'apporte d'utile la mention du milieu naturel ou de l'environnement parmi les intérêts fondamentaux de la nation : aucun des textes contenus dans le Titre I^{er} ne définit d'incrimination qui assumerait la protection de ce type d'intérêt »⁹¹, relevant que « ce type d'intérêt fondamental de la nation aurait pu être omis, dans la liste de l'article 410-1, sans que l'arsenal répressif contenu dans le nouveau Code eût été incomplet ». Si l'article 410-1 du Code pénal limite la protection de l'environnement à la sphère symbolique, il n'en va pas de même de son incrimination comme un acte de terrorisme qui est « loin de s'apparenter à une incrimination-fiction »⁹².

Environnement et terrorisme. – L'article 421-2 du Code pénal incrimine une nouvelle forme de terrorisme : le terrorisme écologique. Au terme de cet article, « constitue également un acte de terrorisme, lorsqu'il est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, [...] dans les eaux [...] une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel ». Comme le souligne le Professeur Yves Mayaud, il s'agit là d'une « innovation majeure »⁹³. Le terrorisme écologique se singularise des autres formes de terrorisme en « incriminant à ce titre des agissements qui n'ont pas leur équivalent dans le droit commun »⁹⁴ : incriminer l'écocide en droit commun viendrait supprimer cette spécificité, le terrorisme écologique, à l'instar des autres formes de terrorisme, serait l'aggravation d'une infraction qui existerait en droit commun.

Environnement et atteintes aux biens. – Une disposition mérite d'être signalée qui permet de saisir des atteintes environnementales. En

87. Crim., 22 sept. 2015, n° 14-84.355, *Bull.* 2016, n° 836.

88. Crim., 25 juin 1996, *Dr. pén.* 1996, comm. 265, obs. M. Véron ; *RSC* 1997, p. 106, obs. Y. Mayaud. V. égal. J. Lasserre-Capdeville, « Le droit pénal de l'env : un droit encore à l'apparence redoutable et à l'efficacité douteuse », *op. cit.*, spéc. p. 30.

89. Crim., 30 oct. 2007, n° 06-89.365, *Bull.* 2007, n° 261.

90. Y. Mayaud, *RSC* 2008. 75, obs. sous Crim. 30 oct. 2007.

91. A. Vitu, actualisation Fr. Rousseau, « Art. 410-1 – Fasc. 20 : Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation », *JCP P.* 25 sept. 2012, n° 54.

92. Y. Mayaud, « Terrorisme – Infractions pénales », *Rép. de dr. pén. et de proc. pén.* janv. 2020, n° 78.

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

effet, l'article 322-5 du Code pénal réprime par une qualification délictuelle (à certaines conditions) la destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'un incendie. Or, l'article 322-6 érige en crime ce comportement lorsque l'incendie est intervenu « dans des conditions de nature à exposer les personnes à un dommage corporel ou à créer un dommage irréversible à l'environnement ». La qualification criminelle repose donc sur une alternative : soit l'incendie a exposé autrui à un risque, soit l'environnement a été menacé. Dès lors, on le voit, l'environnement devient une valeur protégée indépendante de la santé humaine ; toutefois, son indépendance n'est que relative, car l'infraction suppose que le bien incendié soit approprié. En outre, comme le souligne un auteur, rares sont les hypothèses dans lesquelles la disposition aura vocation à jouer car « même si l'endroit est désert au moment de l'incendie, les pompiers venus l'éteindre seront toujours exposés »⁹⁵. Symboliquement néanmoins, la disposition témoigne de l'affermissement de la protection de l'environnement comme valeur sociale.

Environnement et crime de guerre. –

Enfin, l'article 461-28 du Code pénal érige en infraction punie de vingt ans de réclusion criminelle le fait de lancer une attaque délibérée en sachant qu'elle causera incidemment des dommages graves à l'environnement naturel. En réalité, il s'agit là d'un crime de guerre qui a vocation à s'appliquer dans le cadre de conflits armés internationaux. Cette disposition, introduite par la loi du 9 août 2010 n'est en réalité que l'adaptation en droit pénal du statut de la Cour pénale internationale. C'est déjà replacer l'atteinte environnementale dans un cadre international.

B. Relayer un droit international insuffisant

Plan. – La question environnementale s'impose dans une dimension internationale, déjà parce que la pollution des uns rejaillit sur les autres, ensuite parce qu'il est tentant pour les pays développés d'exporter leurs activités polluantes

dans des endroits du globe moins regardants sur les problématiques environnementales. Face à l'insuffisance des réponses nationales, la communauté internationale a consacré un crime de guerre environnemental dont les conditions d'application sont trop restreintes pour permettre une pleine efficacité.

1. Le droit national dans la sphère internationale

La complexité d'exécution d'une décision nationale contre une société étrangère : l'affaire Chevron-Texaco. –

L'affaire *Chevron-Texaco* est devenue un symbole de l'échec de la coopération internationale en matière environnementale. Texaco est le nom d'une compagnie qui a exploité les ressources pétrolières en Amazonie. Lors de la cessation de son activité, la société « laisse derrière elle 60 millions de litres de pétrole brut et 70 millions de litres de résidus toxiques, soit l'équivalent de 3 000 fois la catastrophe de l'Erika... »⁹⁶. En outre, à sa sortie des puits, le pétrole contient un déchet très polluant ; si, aux États-Unis, ce déchet était l'objet d'un traitement, la société exploitante a profité de son implantation en Équateur pour s'affranchir de ces opérations onéreuses⁹⁷. La responsabilité de la société a été engagée, sur le terrain civil. Toutefois, la société a multiplié les stratégies juridiques et les recours pour échapper à l'exécution de sa condamnation. Les États-Unis ont refusé de reconnaître leur compétence et la condamnation prononcée par l'Équateur avait vocation à rester sans effet faute d'actifs du défendeur dans ce pays. Si la condamnation était de nature civile, elle illustre plus globalement l'échec de la coopération internationale pour moraliser les comportements.

La complexité d'application extraterritoriale de la loi. –

Illustrée en matière civile par l'affaire *Chevron-Texaco*, la difficulté de la répression pénale des atteintes extraterritoriales à l'environnement se retrouve à l'identique, et peut-être plus encore en matière pénale⁹⁸. En effet, si une société dont le siège social est sur le terri-

95. C. Courtaigne-Deslandes, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, op. cit. n° 652.

96. P. Fajardo (propos recueillis par D. Bauer), « Faire reconnaître le crime d'écocide sera très difficile », *LPA* 3 juin 2019, n° 110, p. 4.

97. En ce sens, K. Martin-Chenut et C. Perruso, « L'affaire *Chevron-Texaco* et l'apport des projets de conventions *écocrimes* et *écocides* à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales », in *Des écocrimes à l'écocide – Le droit pénal au secours de l'environnement*, op. cit., p. 67, spéc. p. 69.

98. D. Guihal, Th. Fossier et J.-H. Robert, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 5^e éd., 2021, n° 500 et s.

toire de la République commet à l'étranger une atteinte environnementale punie par la loi française, les poursuites risquent de se heurter au facteur d'extranéité de la situation. Déjà, en matière environnementale, nombre d'infractions sont de nature contraventionnelle; or, on sait que la compétence personnelle active, fondée sur la nationalité de l'auteur de l'infraction, ne joue pas en matière contraventionnelle. Ensuite, à supposer qu'un délit soit réalisé, il ne peut être saisi qu'à la condition de réciprocité d'incrimination dans le pays de commission⁹⁹. On pourrait suggérer de lever cette condition, par une loi spéciale, pour faciliter la répression des délits commis à l'étranger par un auteur français¹⁰⁰ afin d'éviter que la délocalisation soit un moyen facile à la portée de sociétés pour contourner les exigences françaises en matière environnementale.

2. Le droit international face à l'écocide

Des propositions ambitieuses. – La communauté internationale s'est saisie de la problématique environnementale, en témoignent les accords de la COP 21. Sur le terrain pénal, l'idée d'une « responsabilité globalisée »¹⁰¹ est en train de mûrir. En ce sens, certains suggèrent la création « d'une cour pénale internationale pour l'environnement et la santé »¹⁰², proposent l'extension de la compétence de la Cour pénale internationale à la répression des atteintes graves portées à l'environnement commises dans un contexte de paix¹⁰³ ou encore militent pour une « Cour européenne de l'environnement »¹⁰⁴.

Une consécration remarquée. – La consécration d'un crime de guerre environnemental en droit international manifeste les « rêves universalistes »¹⁰⁵ d'une protection de l'environnement. Un premier pas manifestant l'attachement de la communauté internationale réside dans l'incrimination, au titre des crimes de guerre, d'atteintes environnementales. Pour mémoire, dans un souci de souveraineté des États¹⁰⁶, la Cour pénale internationale a une compétence limitée aux seuls États l'ayant ratifiée. L'article 1^{er} du Statut de la CPI lui donne compétence « pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale ». Ces crimes sont déterminés comme étant le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression¹⁰⁷. Or, l'article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale précise ce que recouvre la notion de « crimes de guerre » : il peut s'agir du « fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment [...] des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu ». Cette référence à l'environnement, dont la protection entre dans la compétence matérielle de la Cour, la démarque des tribunaux internationaux *ad hoc*¹⁰⁸. Si cette intégration est le marqueur fort de l'importance accordée par la communauté internationale à la protection de l'environnement, encouragée par l'Union européenne¹⁰⁹, les limites à la reconnais-

99. Art. 113-6 al. 2 C. pén.

100. Notons que, par différentes lois, la condition de réciprocité d'incriminations est déjà levée pour des comportements délictuels qui heurtent particulièrement les valeurs sociales françaises (telles que les atteintes sexuelles sur mineurs, le terrorisme ou encore la corruption).

101. M. Delmas-Marty, « Perspectives ouvertes par le droit de l'environnement », *RJE*, vol. 39, n° spécial 2014, *Les enjeux du droit répressif de l'environnement; quelles valeurs? Quelles frontières?*, p. 7, spéc. p. 9.

102. *Ibid.*, p. 11.

103. Ch. Tshiamala Baningana, « La judiciarisation des atteintes environnementales : la Cour pénale internationale à la rescousse ? », *Rev. Québécoise de droit international*, vol. 1, hors-série, déc. 2017, *Études de certains grands enjeux de la justice internationale pénale*, p. 205.

104. C. Lepage, « Pour une Cour pénale européenne de l'environnement », *actu-environnement.com*. L'auteur précise que « la création d'une telle instance sera longue et très difficile à obtenir. Or, un tribunal pénal européen de l'environnement pourrait constituer une première étape vers ce tribunal pénal international ».

105. M. Delmas-Marty, « Perspectives ouvertes par le droit de l'environnement », préc., spéc. p. 8.

106. D. Rebut, *Droit pénal international*, Dalloz, coll. « Précis », 3^e éd., 2019, n° 1154.

107. *Ibid.*, n° 1159.

108. R. Nollez-Goldbach, « La compétence de la Cour pénale internationale à l'égard des crimes environnementaux », *JCP G*, n° 41, 10 oct. 2016, 1058, p. 1846.

109. Dans une résolution du 20 janv. 2021, le Parlement européen encourage « l'Union et les États membres à promouvoir la reconnaissance de l'écocide en tant que crime international au titre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) », Résolution du Parlement européen du 20 janvier 2021 sur les droits de l'Homme et la démocratie dans le monde et la politique de l'Union européenne en la matière – rapport annuel 2019 (2020/2208(INI)).

sance de ce crime de guerre viennent considérablement en restreindre la portée.

Une consécration mesurée. – Ce crime de guerre environnemental n'a vocation à ne sanctionner que les atteintes intervenues dans le cadre d'un conflit armé et qui sont liées à ce conflit (certains avaient proposé de rattacher les crimes environnementaux aux crimes contre l'humanité¹¹⁰, d'autres aux crimes contre la paix¹¹¹ plutôt qu'aux crimes de guerre). Les atteintes, aussi graves soient-elles, commises en temps de paix, n'entrent pas dans le champ de compétence de la Cour. À cela s'ajoute que le jeu de l'incrimination suppose que le conflit s'inscrive dans une dimension internationale, c'est-à-dire qu'il implique au moins deux États¹¹². Finalement, les hypothèses contre lesquelles la communauté internationale entend lutter, sont celles données en accroche, de la guerre du Vietnam ou, de plus longue date, de la troisième guerre punique¹¹³. Quant aux auteurs, il ne peut s'agir que de personnes physiques.

Outre ces conditions préalables, les éléments constitutifs du crime sont nombreux et en rendent l'effectivité douteuse. L'attaque doit être intentionnelle; mais à cela s'ajoute la connaissance chez son auteur des dommages qu'elle causera à l'environnement naturel. Ces dommages doivent non seulement être qualifiés (« étendus, durables et graves ») mais en plus il

est requis qu'ils soient « manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu ». Ainsi, la qualification de crime de guerre est soumise à une mise en balance de deux intérêts contradictoires : d'une part, les avantages militaires attendus; d'autre part, les dégâts environnementaux potentiels. C'est dire qu'en temps de guerre des dommages étendus, durables et graves à l'environnement sont justifiées si tant est qu'ils représentent un effet secondaire acceptable au regard des bénéfices militaires tirés de l'attaque.

Le caractère drastique des conditions posées fait dire à un auteur que la définition retenue par la CPI du dommage environnemental en tant que crime de guerre « n'est absolument pas celle de l'écocide – ce "génocide" écologique – »¹¹⁴ qui a pu être défendu. Ce texte est le fruit d'un compromis, bien en-deçà des souhaits de certains États, tels l'Uruguay, qui auraient souhaité que le crime contre l'environnement ne réponde pas à une exigence « d'intentionnalité »¹¹⁵.

Aussi perfectible soit-elle, la consécration en droit international d'un crime de guerre de nature environnementale témoigne de l'attachement de la communauté internationale aux problématiques écologiques. Curieusement, alors même que l'absence de suprématie au-dessus des États rend délicate l'édiction de normes communes, la communauté internationale nous semble sur ce point presque plus téméraire que

110. A. Abrami, ancien juge de la Cour suprême italienne, proposait d'ajouter à l'art. 7 du Statut de Rome portant sur les crimes contre l'humanité, un titre de compétence criminelle concernant les décès en masse, liées à des catastrophes environnementales et sanitaires que l'on savait inéluctables, par une exposition consciente des populations à ces risques mortels; V. Cabanes, *Un nouveau droit pour la Terre – Pour en finir avec l'écocide*, op. cit. p. 216.

111. P. Higgins, D. Short et N. South, « Protecting the planet : a proposal for a law of ecocide », publié en ligne le 6 févr. 2013, in *Environmental crime*, vol. II, édité par R. White, 2020, p. 68, spéc. p. 74. Notons que le 30 avril 2019, des militants écologistes ont envahi le bâtiment de la CPI à La Haye afin de demander aux 122 États membres de reconnaître d'écocide en tant que 5^e crime contre la Paix (v. S. Mabile, « Reconnaissance de l'écocide : pourquoi la proposition de loi a-t-elle été rejetée par le Sénat ? », leclubdesjuristes.com, 6 mars 2019).

112. R. Nollez-Goldbach, « La compétence de la Cour pénale internationale à l'égard des crimes environnementaux », préc., spéc. p. 1847.

113. Notons que le 1^o de l'article 8 prévoit que les crimes de guerre doivent s'inscrire « dans le cadre d'un plan ou d'une politique » ou encore faire « partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle ». Toutefois, M. Rebut relève que « cette indication n'est pas impérative, de sorte qu'elle ménage la possibilité de saisir des crimes individuels qui ne sont pas commis dans ce contexte », D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit. n° 1164. Il serait possible « dans l'absolu que la Cour pénale internationale soit compétente pour juger d'un crime de guerre isolé », R. Nollez-Goldbach, « La compétence de la Cour pénale internationale à l'égard des crimes environnementaux », préc., spéc. p. 1847.

114. R. Nollez-Goldbach, « La compétence de la Cour pénale internationale à l'égard des crimes environnementaux », préc., spéc. p. 1848.

115. V. Cabanes, *Un nouveau droit pour la Terre – Pour en finir avec l'écocide*, op. cit. p. 302.

le droit français¹¹⁶, au point qu'un ministre de l'Écologie préfère faire « avancer la notion d'écocide au niveau mondial »¹¹⁷ plutôt que de la consacrer en droit français. Peut-être serait-il donc temps pour le droit français de sanctionner plus efficacement les atteintes environnementales; reste à déterminer comment.

II. Comment sanctionner l'écocide ?

Les attermoissements. – Sanctionner l'écocide est souvent présenté comme une nouveauté ou une idée originale. En réalité, il n'en est rien : la proposition est ancienne et l'ouvrage est régulièrement remis sur le métier. Reste à identifier les motifs de la réticence du droit à l'écocide (A) pour apprécier le caractère surmontable de ces difficultés (B).

A. Les déconvenues

Une proposition *vingt*. – Il serait erroné de croire que la Convention citoyenne a fait preuve d'imagination en proposant de consacrer l'écocide (1). S'il s'agit bien d'une révolution (2), il faut l'entendre non comme une innovation ou un chamboulement du droit positif, mais davantage dans un sens astronomique, comme le signe d'un droit cyclique dont la proposition revient régulièrement sur le devant de la scène (3).

1. Les propositions anciennes

Des origines supposées de l'écocide. – On prête à la Cour de cassation la hardiesse d'avoir créé « le premier délit d'atteinte à un écosystème »¹¹⁸ en 1859¹¹⁹, au mépris des principes de légalité et d'interprétation stricte de la loi pénale.

En l'espèce, le prévenu avait, « en déversant des vinasses et résidus de distillerie dans le canal de la Sensée, fait périr une certaine quantité de poissons ». La Chambre criminelle le condamne sur le fondement de l'article 25 de la loi du 15 avril 1829, loi de police des pêches, qui sanctionne « quiconque aura jeté dans les eaux des drogues ou appâts qui sont de nature à enivrer le poisson ou à le détruire ». Pour ce, la Cour se fonde sur la *ratio legis* du texte (« remédier au dépeuplement des rivières et assurer la conservation et la régénération du poisson ») en faisant fi de sa place dans un texte sur la police des pêches. Cet arrêt ne serait-il pas un appel au législateur à intervenir par la création d'un délit général d'atteinte à l'environnement ? Tout du moins, quoique ceci ne soit pas de son ressort, la Chambre criminelle comble par cet arrêt ce qu'elle estimait être un trou dans le maillage répressif.

Des propositions récurrentes de consécration de l'écocide. – Au cours des *xx^e* et *xxi^e* siècles, les propositions se sont succédées pour sanctionner ce qui s'apparenterait à un écocide (quoique le terme ne soit pas systématiquement employé). Elles témoignent de « l'éveil progressif des populations et de leurs dirigeants aux questions environnementales »¹²⁰.

À notre connaissance, la première de ces propositions fut déposée en 1978¹²¹. L'exposé des motifs, toujours d'actualité, commence par rappeler que « la protection de l'environnement est l'affaire de tous, habitants des villes et des campagnes [...] »¹²². Il poursuit en écartant les obstacles à la consécration de ce délit, soulignant que « le temps est dépassé où la recherche d'un

116. Par ex. le 8 juin 1977, un Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (« Protocole I ») réagit à l'usage de l'agent orange durant la Guerre du Vietnam. Il prévoit dans un article 35 que : « il est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ».

117. B. Poirson, cité par P. Januel, « Crime d'écocide : rejet d'une proposition de loi socialiste », *D.* 2019, n° 18, p. 994. Dans le même sens, un rapport du Sénat considère qu'« il pourrait être intéressant de négocier une convention internationale définissant un socle de sanctions, lesquelles seraient ensuite déclinées dans le droit national de chaque État partie, afin d'encourager ceux dont la législation environnementale est peu développée à se rapprocher des meilleurs standards » (Rapport n° 446 sur la proposition de loi portant reconnaissance du crime d'écocide, enregistré à la Présidence du Sénat le 10 avr. 2019, p. 16). Quand on voit les difficultés, en droit interne simplement, que pose une telle législation, l'envisager à l'échelle internationale nous semble relever de l'utopie.

118. D. Guihal, « Le droit pénal de l'environnement peut-il encore être efficace ? », *préc.*, *spéc.* p. 330.

119. *Crim.*, 27 janv. 1859, *S.* 1859, 1, 364 (2 espèces).

120. Rapport n° 2447, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 nov. 2019, sur la proposition de loi portant reconnaissance du crime d'écocide (n° 2353), par C. Bouillon, député.

121. Prop. de loi n° 292 instituant un délit de pollution, présentée au Sénat, 6 avr. 1978.

122. *Ibid.*

équilibre entre la croissance économique et la défense écologique posait problème : les populations ont pris conscience qu'il est indispensable, pour la survie des espèces, de ménager l'espace et les matières premières essentielles c'est-à-dire le sol, l'eau, l'air ». L'article 1^{er} de la proposition de loi s'articulait autour de deux infractions, l'une d'imprudences, l'autre intentionnelle. Était puni l'auteur qui, involontairement, aura « porté atteinte à la santé de l'homme, des animaux ou des plantes en altérant soit l'équilibre du milieu naturel, soit les qualités essentielles du sol, de l'eau ou de l'air ». Lorsque le délit était intentionnel ou qu'il en était résulté une atteinte grave ou irréversible à la santé humaine, la peine d'emprisonnement encourue était doublée.

En 2003, était de nouveau déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale une proposition « relative à la création d'un délit de pollution »¹²³. Si le terme d'écocide n'était pas employé, la proposition érigeait en « délit de pollution » toute imprudence qui avait notamment pour effet de « modifier de façon grave et irréversible l'équilibre écologique ».

En 2007, rebelote. Une proposition de loi¹²⁴ visait à créer un délit d'atteinte à l'environnement. À côté de cette initiative individuelle, le ministre de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durable a confié à l'ancienne ministre de l'Environnement, Corinne Lepage, une mission sur la gouvernance écologique. Une fois encore, la création d'un délit spécifique d'atteinte à l'environnement était proposée¹²⁵. D'inspiration européenne¹²⁶, ce rapport visait à créer de nouveaux articles au sein du Livre V (renommé *Des infractions en matière de santé publique et d'environnement*) du Code pénal. La rédaction de la proposition n'était pas satisfaisante, le texte prenant par exemple le soin inutile de préciser, à

l'article 521-2 qu'il se proposait de créer, qu'« en ce qui concerne les personnes morales », l'acte de délinquance écologique est puni « dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal »¹²⁷.

2. Les propositions récentes

La diversité des propositions. – Sans plus de succès que leurs prédécesseurs, un groupe de parlementaires a soumis une proposition au Sénat le 2 mai 2019¹²⁸. L'exposé des motifs ressemble à s'y méprendre aux arguments invoqués quarante ans plus tôt par les porteurs de la proposition visant à la création d'un délit général de pollution. Une nouvelle fois est pointée l'insuffisance de l'arsenal répressif¹²⁹. Une nouvelle fois, l'importance grandissante de l'environnement dans la conscience collective est rappelée. Cette fois-ci, les parlementaires se sont montrés particulièrement ambitieux et ont érigé l'infraction en un crime imprescriptible « assimilable au crime de génocide ». Plus précisément, le texte proposait de créer, au sein du Code pénal, un crime d'écocide, un crime de provocation à commettre un écocide ainsi qu'un crime de participation à un groupement ou à une entente en vue de préparer l'un de ces crimes.

Quelques mois plus tard, c'est sur le bureau de l'Assemblée nationale qu'était déposée une proposition de loi « portant reconnaissance du crime d'écocide »¹³⁰. L'article premier de cette proposition définit le crime d'écocide comme « une action concertée et délibérée tendant à causer directement des dommages étendus, irréversibles et irréparables à un écosystème, commise en connaissance des conséquences qui allaient en résulter » tandis que l'article 3 définit le délit d'imprudences caractérisées ayant contribué à la destruction grave d'un écosystème comme « une violation d'une règle de prudence

123. Prop. n° 614, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 févr. 2003.

124. Prop. de loi n° 366, enregistrée à la présidence de l'Ass. nat. le 7 nov. 2007.

125. Rapport final (première phase) de la mission Lepage, ladocumentationfrançaise.fr, févr. 2008, spéc. p. 58.

126. Les auteurs du rapport se sont inspirés de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal COM/2001/0139.

127. *Ibid.*, p. 60.

128. Prop. de loi n° 384 portant reconnaissance du crime d'écocide, enregistrée à la Présidence du Sénat le 19 mars 2019 ; P. Januel, « Crime d'écocide : rejet d'une proposition de loi socialiste », *D.* 2019, n° 18, p. 994 ; P. Januel, « Pas de reconnaissance du crime d'écocide », *Dalloz actu.* 6 mai 2019.

129. « En dépit de la particulière gravité de ces crimes environnementaux, de leur intentionnalité et des dommages irréversibles sur les écosystèmes et les conditions même d'existence des populations, la réponse pénale demeure inexistante », prop. de loi n° 384, préc.

130. Prop. n° 2353, enregistrée à la présidence de l'Ass. nat. le 22 oct. 2019.

ayant conduit à des dommages similaires à ceux du crime d'écocide »¹³¹.

La proposition de la Convention citoyenne. – La Convention citoyenne a, parmi ses propositions, au sein des objectifs « se nourrir » – aussi curieux cet emplacement soit-il ! –, proposé de légiférer sur le crime d'écocide. L'idée initiale développée par la Convention est l'existence de « limites planétaires » (cette théorie résonne en écho à la tragédie des communs). De fait, les ressources de l'écosystème ne sont pas inépuisables. Pour que l'Homme puisse vivre durablement, un groupe de chercheurs s'est attaché à démontrer qu'il devait s'assurer d'une régulation de son environnement naturel. Neuf limites ont donc été posées que la Convention citoyenne se proposait d'intégrer dans la loi : le changement climatique, l'érosion de la biodiversité, la perturbation des cycles biogéochimiques de l'azote et du phosphore, les changements d'utilisations des sols, l'acidification des océans, l'utilisation mondiale de l'eau douce, l'appauvrissement de l'ozone stratosphérique, l'augmentation des aérosols dans l'atmosphère et l'introduction d'entités nouvelles dans la biosphère. C'est par renvoi à ces limites que le crime d'écocide est défini : « constitue un crime d'écocide, toute action ayant causé un dommage écologique grave en participant au dépassement manifeste et non négligeable des limites planétaires, commise en connaissance des conséquences qui allaient en résulter et qui ne pouvaient être ignorées ». La Convention le complétait d'un délit : « constitue un délit d'imprudence caractérisé d'écocide, toute violation d'une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou un règlement ayant causé un dommage écologique grave en participant au dépassement manifeste et non négligeable des limites planétaires ». Les ambitions de la Convention citoyenne furent

revues à la baisse. L'atteinte à l'environnement est devenue un délit là où les citoyens avaient souhaité consacrer un crime¹³². Le terme d'écocide était réservé aux atteintes intentionnelles à l'environnement qui faisaient encourir à leur auteur une peine aggravée¹³³. En outre, la référence aux limites planétaires a été gommée par le projet de loi.

Les propositions visant à créer un délit général de pollution ou un délit (voire un crime) d'écocide se suivent et se ressemblent comme l'aurait chanté Joe Dassin. Pourtant, et ce n'est pas faute d'avoir, pour les parlementaires, essayé, elles avaient jusque-là fini, les unes après les autres, dans la corbeille des assemblées. Comment expliquer ces échecs successifs ?

3. Les motifs de l'échec

Paradoxe. – Nous voilà confrontés à un paradoxe : on l'a vu, le droit pénal de l'environnement est lacunaire¹³⁴ ; on l'a vu, les propositions sont pléthores en la matière pour combler ces manques, qu'il s'agisse de créer un délit général de pollution ou une infraction d'écocide. Alors, pourquoi tant d'énergie pour si peu de résultats ? On peut bien sûr penser que des considérations extrajuridiques permettent de mieux comprendre l'échec de ces propositions. De fait, ne pas polluer, traiter ses déchets, nettoyer ses cuves, etc. présente un coût que rechignent à payer les entreprises. Mais les obstacles à l'adoption d'un texte général sont avant tout juridiques.

Les obstacles juridiques à la consécration de l'écocide. – Un délit général d'atteinte à l'environnement peut-il réellement voir le jour ? Il est permis, avec un auteur, d'en douter : « une telle incrimination ne peut remplir la condition de clarté et de précision découlant du principe de légalité des délits et des peines. Cette imprécision constitue un écueil inévitable auquel se sont

131. *Ibid.*

132. Art. L. 2301 C. pén., « Le fait, en violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, d'émettre dans l'air, de jeter, déverser ou laisser s'écouler dans les eaux superficielles, souterraines ou les eaux de la mer dans la limite des eaux territoriales, directement ou indirectement, une ou des substances dont l'action ou les réactions entraînent des effets nuisibles graves et durables sur la santé, la flore, la faune, à l'exception des dommages visés aux articles L. 21873 et L. 4322, ou des modifications graves du régime normal d'alimentation en eau, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'un million d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté jusqu'au quintuple de l'avantage tiré de la commission de l'infraction. ».

133. Art. L. 2303 C. pén., « Constitue un écocide l'infraction prévue à l'article L. 2301 lorsque les faits sont commis de manière intentionnelle. ».

134. Il est qualifié d'« épars » et de « peu opérationnel », Rapport n° 2447, préc.

heurtées les propositions faites par le passé »¹³⁵. Finalement, qui trop embrasse, mal étreint : le droit pénal ne saurait prévoir une incrimination générale en vue de saisir les comportements les plus variés. Dès lors, il est à craindre qu'« on ne peut résoudre tous les problèmes d'environnement par le droit pénal avec une seule disposition. Il en faut plusieurs, aux buts et aux peines différentes, pour s'adapter à l'éventail des possibilités »¹³⁶.

Ces prévisions doctrinales se sont concrétisées dans les diverses propositions qui ont été faites. C'est ainsi que le rapport du Sénat sur la proposition de 2019 (relayé par l'Assemblée nationale dans son rapport sur la proposition de la même année¹³⁷) dénonce « le flou de cette définition [qui] exposerait le justiciable à un risque d'arbitraire d'autant plus inacceptable que les peines encourues sont lourdes »¹³⁸. Pire, « le texte est si flou qu'il paraît pouvoir englober des activités parfaitement légales, ou de grands projets d'infrastructures (la construction d'un barrage par exemple), qui sont susceptibles d'entraîner la dégradation d'un écosystème et de modifier en profondeur les conditions d'existence d'une communauté »¹³⁹.

Des critiques similaires, si ce n'est identiques, ont été adressées à la proposition de la Mission Lepage. Outre l'usage de la technique légistique du renvoi fort décrié, on reproche au texte des définitions non satisfaisantes en raison notamment d'une liste non exhaustive des comportements incriminés¹⁴⁰. En outre, ce délit générique poserait inéluctablement des difficultés d'articulation avec les infractions du Code de l'environnement et celles du droit pénal des atteintes à la personne humaine.

Les obstacles juridiques spécifiques au projet de loi issu de la proposition de la

Convention citoyenne. – Le Conseil d'État a rendu un avis au vitriol, le 4 février 2021¹⁴¹, sur le projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets. Si le législateur avait déjà supprimé de nombreuses tares qui affectaient la proposition de la Convention citoyenne, cela n'a pas suffi à emporter la conviction du Conseil d'État. Ce dernier donne un avis défavorable aux quatre propositions de délits formulées¹⁴². Les critiques sont sévères : plusieurs infractions font encourir la même peine alors même que certaines d'entre elles sont intentionnelles tandis que d'autres ne le sont pas. De là les conseillers d'en déduire que « le projet de loi n'assure donc pas une répression cohérente, graduée et proportionnée des atteintes graves et durables à l'environnement selon l'existence ou non d'une intention »¹⁴³. Deuxième critique adressée au projet, l'écocide était conçu comme une cause d'aggravation d'un délit intentionnel d'atteinte à l'environnement à raison de la violation volontaire de prescriptions légales ou réglementaires. Or, s'agissant d'une infraction intentionnelle, la connaissance est déjà une composante du dol général ; elle ne saurait constituer un dol spécial. Dès lors, le Conseil d'État rappelle qu'« il n'est pas possible de prévoir l'aggravation de ces infractions à raison d'une circonstance aggravante qui est déjà l'un de leurs éléments constitutifs, le Conseil constitutionnel censurant, au nom du principe d'égalité devant la loi pénale, des dispositions législatives qualifiant des faits de manière identique, tout en faisant encourir à leur auteur, selon le texte d'incrimination sur lequel se fondent les autorités de poursuites, des peines de natures différentes (décision n° 2013-328 QPC du 28 juin 2013) »¹⁴⁴. Enfin, trois délits d'atteintes graves à l'environnement étaient créés mais un seul d'entre eux était assorti d'une circonstance aggravante (la pollution des sols)

135. C. Courtaigne-Deslandes, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, op. cit. n° 735.

136. *Ibid.*, n° 736.

137. Rapport n° 2447, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 nov. 2019, sur la proposition de loi portant reconnaissance du crime d'écocide (n° 2353), par C. Bouillon, député.

138. Rapport n° 446 sur la proposition de loi portant reconnaissance du crime d'écocide, préc., p. 15.

139. *Ibid.* ; dans le même sens, v. p. 23 du rapport.

140. « Le rapport final (première phase) de la mission Lepage : brèves observations sur les propositions en matière pénale », Étude par Ph. Conte, *Env.* n° 4, avr. 2008, dossier 4.

141. Avis sur un projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets, séance du 4 févr. 2021, n° 401933, conseil-etat.fr.

142. *Ibid.*, n° 77, p. 39.

143. *Ibid.*

144. *Ibid.*

lorsque les faits sont intentionnels ; le Conseil d'État dénonce ici une nouvelle incohérence se reflétant par des peines différentes encourues pour des comportements semblables¹⁴⁵.

B. Les perspectives

Court et moyen terme. – Le vote de la loi Climat par les parlementaires ouvre de nouvelles perspectives en matière de protection de l'environnement (1) même si un travail d'ampleur mériterait d'être mené (2).

1. Les perspectives nouvelles

La loi Climat et le renforcement de la protection pénale de l'environnement. – L'adoption de la loi Climat¹⁴⁶ renforce la protection pénale de l'environnement. Déjà, les articles L. 173-1 et L. 173-2 du Code de l'environnement répriment, en substance, le fait d'exercer une activité ou d'exploiter une installation sans se soumettre au régime d'autorisation ou de déclaration prévu par la loi, ou encore, après la cessation de l'activité, de ne pas se conformer aux obligations de remises en l'état. Les peines encourues vont d'un à deux ans d'emprisonnement et de 75 000 € à 100 000 € d'amende. La loi Climat vient créer une circonstance aggravante de ces délits. Désormais, l'article L. 173-3-1 du Code de l'environnement dispose que « lorsqu'ils exposent directement la faune, la flore ou la qualité de l'eau à un risque immédiat d'atteinte grave et durable, les faits prévus aux articles L. 173-1 et L. 173-2 sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 250 000 € d'amende, ce montant pouvant être porté jusqu'au triple de l'avantage tiré de la commission de l'infraction ». L'alinéa 2 de l'article vient préciser le sens du terme durable qui renvoie à « des atteintes susceptibles de durer au moins sept ans »¹⁴⁷. Par cette circonstance aggravante, des dispositions simplement sanctionnatrices (à savoir le non-respect d'obligations administratives) changent de nature pour devenir déterminatrices : on ne sanctionne pas un comportement pour ce qu'il marque d'indifférence à un formalisme contraignant, mais pour ce qu'il incarne d'atteintes graves et potentielles à l'environnement.

Les peines sont particulièrement sévères, surtout mises en perspectives avec le délit de risque causé à autrui qui expose à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.

Ensuite, est créé un nouvel article L. 231-1 au sein du Code de l'environnement qui prévoit que « le fait, en violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, d'émettre dans l'air, de jeter, de déverser ou de laisser s'écouler dans les eaux superficielles ou souterraines ou dans les eaux de la mer dans la limite des eaux territoriales, directement ou indirectement, une ou plusieurs substances dont l'action ou les réactions entraînent des effets nuisibles graves et durables sur la santé, la flore, la faune, à l'exception des dommages mentionnés aux articles L. 218-73 et L. 432-2, ou des modifications graves du régime normal d'alimentation en eau est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'un million d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté jusqu'au quintuple de l'avantage tiré de la commission de l'infraction ». Là encore, sont considérés comme étant durables les atteintes susceptibles de durer au moins sept ans.

Notons qu'en matière de pollution, on peut penser que l'atteinte durable est difficile à chiffrer : comment savoir si elle est *susceptible* de durer au moins sept ans ? Et se fonder sur une simple potentialité, est-ce compatible avec les exigences de sécurité juridique inhérentes à la matière pénale ? L'infraction étant matérielle, le résultat ne devrait-il pas être certain ? Par exemple, serait-il légitime de condamner sur ce fondement lorsque l'atteinte était susceptible de durer sept ans mais n'aura en réalité duré qu'un an ? Malgré les critiques qui peuvent lui être adressées, le délit témoigne de la promotion du droit pénal de l'environnement. En outre, l'amende proportionnelle dont le montant peut être porté au triple de l'avantage tiré de la commission de l'infraction vise à lutter contre les fautes lucratives. Ces fautes lucratives, fréquentes en droit de l'environnement, permettent

145. *Ibid.*

146. Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

147. Notons que la loi Climat prévoit également, aux termes de l'art. L. 541-5, X, du Code de l'env., qu'est puni des mêmes peines le non-respect d'une mise en demeure de respecter la police des déchets « lorsqu'il expose directement la faune, la flore, la qualité de l'eau à un risque immédiat d'atteinte grave et durable ».

au délinquant de tirer un plus grand profit de la violation de la norme que de son respect. En ajustant le montant de l'amende sur le profit réalisé par le délinquant, le législateur entend rompre cette logique de calcul coût/avantage et restaurer au droit pénal de l'environnement sa fonction dissuasive.

Enfin, l'article L. 231-2 du code de l'environnement crée également un nouveau délit. Il sanctionne de trois ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende le fait (en substance) d'abandonner des déchets lorsqu'ils « provoquent une dégradation substantielle de la faune et de la flore ou de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau ».

La loi Climat et la consécration du délit d'écocide. – La consécration de l'écocide est le fruit d'une lutte entre l'Assemblée nationale (qui y était favorable) et le Sénat (qui s'y était opposé¹⁴⁸). Finalement, l'écocide voit le jour mais il prend la forme d'un délit là où la Convention citoyenne, plus ambitieuse, avait préconisé de l'ériger en crime.

Le pas est en effet franchi par l'article L. 231-3 du Code de l'environnement. Est qualifiée d'écocide l'infraction de l'article L. 231-1 « lorsque les faits sont commis de manière intentionnelle ». Constituent également un écocide les infractions de l'article L. 231-2 à la double condition qu'elles soient intentionnelles et qu'elles « entraînent des atteintes graves et durables à la santé, à la flore, à la faune ou à la qualité de l'air, du sol ou de l'eau ». La qualification d'écocide est loin d'être purement symbolique. Elle emporte des conséquences répressives : la peine d'emprisonnement est portée à dix ans tandis que la peine d'amende est portée à 4,5 millions d'euros, ce montant pouvant atteindre le décuple de l'avantage tiré de la commission de l'infraction.

Ainsi, en dépit des critiques formulées par le Conseil d'État, le législateur a consacré l'écocide. Pourtant, les malfaçons demeurent. Par exemple, l'aggravation de l'article L. 231-2 en écocide suppose deux conditions. Déjà que l'infraction soit intentionnelle : mais n'est-ce pas le cas de sa forme non aggravée ? Le fait de déposer des déchets, sans précision de l'élément moral, est nécessairement de nature intentionnelle. L'inten-

tion est constitutive à la fois de l'infraction et de son aggravation ce qui ne répond pas aux exigences de la légalité. Ensuite, il faut que les infractions entraînent des atteintes graves et durables à la santé, à la flore, à la faune ou à la qualité de l'air, du sol ou de l'eau¹⁴⁹. Il nous semble très délicat (et peu compatible avec l'intelligibilité de la loi et la prévisibilité de la répression) de distinguer de telles atteintes de la « dégradation substantielle de la faune et de la flore ou de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau » requise pour la constitution du délit simple. Ainsi, alors même que les enjeux répressifs sont considérables, il est difficile sinon impossible de distinguer l'infraction simple de l'infraction aggravée. Une telle rédaction ne nous semble pas répondre aux exigences de légalité à valeur constitutionnelle et on peut douter qu'elle passe un jour le filtre constitutionnel si la question était amenée à être posée. Qui plus est, l'échelle des peines ne nous semble pas pleinement cohérente car l'écocide est une aggravation qui expose à une peine unique deux infractions pour lesquelles des peines différentes étaient encourues. Enfin, retenir l'écocide en cas d'atteinte à la santé risque de créer des conflits de qualifications avec les infractions d'atteintes à la personne humaine. Finalement, la qualification d'écocide nous semble unanimement critiquée : pour ses opposants, elle ne respecte pas les exigences constitutionnelles de qualité de la loi ; pour ses partisans, l'appellation d'écocide laisse à penser qu'existe un délit générique pour toute atteinte durable à l'environnement, alors qu'en réalité il s'agit d'une infraction spéciale au champ d'application limité.

2. Les perspectives lointaines

Autonomiser la protection de l'environnement. – La proposition de loi de 2019¹⁴⁹ proposait d'insérer le crime d'écocide au sein du Livre II du Code pénal, plus précisément en créant un Livre II *bis* « Des crimes contre l'environnement ». Le Titre I^{er} aurait été consacré à l'écocide. Cette proposition ne nous semble pas souhaitable. D'une part, l'opportunité même d'une consécration d'un délit général risque de se heurter à des obstacles insurmontables. D'autre part, un tel ancrage dans le Livre II du Code pénal ne protège l'environnement que par l'intermédiaire de la

148. J.-M. Pastor, « Les sénateurs suppriment le délit d'écocide dans le projet de loi Climat et résilience », *Dalloz actu*. 30 juin 2021.
149. Prop. de loi n° 384, préc. ; « Crime d'écocide : rejet d'une proposition de loi socialiste », préc.

personne. Or, tout l'enjeu est justement d'automatiser cette protection pour ériger l'environnement en valeur sociale à part entière, digne d'une protection spécifique.

Valoriser la protection de l'environnement. – La consécration du dommage écologique par la loi du 8 août 2016 permet au juge d'accorder la réparation d'un préjudice pur, c'est-à-dire qui ne transite pas par un patrimoine individuel. La Nature est l'objet d'une protection autonome. Cette protection aurait pu être introduite au sein du Code de l'environnement ; pourtant, telle ne fut pas l'option choisie par le législateur. Pour renforcer la force symbolique du préjudice écologique, il a été inséré au sein du Code civil¹⁵⁰. C'est dire si le choix d'un Code est empreint d'une forte valeur symbolique.

Aussi, prenant pour modèle le préjudice écologique pur, il pourrait être envisagé d'accorder à l'environnement une place au sein du Code pénal, davantage que dans le Code de l'environnement. Si, comme cela a été remarqué, le Code pénal de 1810 ne contenait pas d'incriminations en matière environnementale¹⁵¹ et que « seuls, quelques textes épars pouvaient être relevés : le Code forestier rétabli en 1827, la loi du 8 avril 1898 fixant le régime des eaux ou encore la loi du 19 décembre 1917 resserrant la surveillance de l'administration sur les établissements insalubres »¹⁵², l'importance accordée aujourd'hui aux problématiques environnementales justifierait de changer la donne.

Créer un nouveau Livre au sein du Code pénal. – Pourrait être défendue la création d'un nouveau Livre au sein du Code pénal, à côté des atteintes à la personne, aux biens et à la nation. Si une telle création avait été envisagée lors de la réforme du Code pénal de 1992, le législateur

avec manqué l'opportunité qui s'offrait à lui¹⁵³. Pourtant, les atteintes à l'environnement nous semblent aujourd'hui justifier la création d'un Livre nouveau qui serait le reflet des préoccupations contemporaines. Outre sa valeur symbolique déjà exposée, cette consécration présenterait des vertus pédagogiques. Les infractions du droit pénal de l'environnement seraient mieux enseignées, mieux connues et donc, mieux utilisées par les magistrats. L'atout est considérable dans la mesure où d'aucuns imputent pour partie l'inefficacité du droit pénal de l'environnement au manque de formation des magistrats à la matière¹⁵⁴. Enfin, le droit pénal remplit une fonction dissuasive : ainsi revalorisé, le droit pénal de l'environnement ne serait pas cantonné à une discipline de techniciens mais deviendrait une valeur protégée à part entière. Cette codification pourrait être d'abord à droit constant, permettant ainsi de rassembler des lois éparpillées et bien souvent inusitées. Mais peut-être serait-ce également l'occasion d'harmoniser les peines encourues, parfois de délictualiser des contraventions ou encore de clarifier des infractions préexistantes.

Conclusion. – En somme, l'avenir dira si la réponse législative aux atteintes environnementales permettra de tarir le contentieux. S'il est permis de douter qu'elle soit véritablement efficace, on peut toutefois terminer sur une touche d'optimisme : une étude statistique récente démontre que le délinquant écologique est très sensiblement plus âgé que le délinquant traditionnel¹⁵⁵. N'est-ce pas le signe d'une conscience écologique chez les jeunes générations ? Espérons alors que l'extinction naturelle de l'espèce du délinquant écologique précédera celle de l'ours polaire.

150. Art. 1246 C. civ.

151. J. Lasserre-Capdeville, « Le droit pénal de l'environnement : un droit encore à l'apparence redoutable et à l'efficacité douteuse », préc., spéc. p. 18.

152. *Ibid.*

153. V. Jaworski, « Les sanctions pénales : atouts et insuffisances du droit pénal de l'environnement », préc., spéc. p. 212.

154. Rappelant le lancement d'une mission conjointe du Ministère de la Justice et du Ministère de la Transition écologique en 2018 « pour améliorer l'application du droit de l'environnement, notamment en renforçant la formation des magistrats », v. M. Mercier, rapporteur, Compte rendu analytique officiel du 2 mai 2019, senat.fr.

155. Les personnes physiques auteurs d'atteinte à l'environnement sont âgées « en moyenne de 46 ans (44 ans pour les femmes et 46 ans pour les hommes), et sont ainsi nettement plus âgés que sur l'ensemble des affaires pénales (35 ans) », M. Bouhoute et M. Diakhaté, « Le traitement du contentieux de l'environnement par la justice pénale », préc., spéc. p. 3.

Dossier

Le droit face aux défis de la transition écologique

Le droit des obligations face aux défis posés par la transition écologique

Anne Stevignon

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas, lauréate du Prix Carbonnier 2020

Post-doctorante à l'Université Panthéon-Sorbonne –
Projet FinClimLex pour l'Ademe

Tout bon juriste sait qu'il faut commencer par un solide travail de définition des termes du sujet pour éviter le hors sujet. On se prête volontiers à l'exercice lorsque les notions sont balisées. À cet égard, le droit des obligations, fondé sur la notion d'obligation qui était elle-même déjà définie dans le droit romain, est bien identifié, alors que la transition écologique, pourtant quotidiennement évoquée de nos jours, est une notion d'apparition très récente. Elle a émergé en effet bien plus tard que celle de développement durable qui date des années 1970 : le terme aurait été théorisé en 2005 seulement par un enseignant en permaculture. L'expression a eu le succès qu'on lui connaît : nous avons désormais un ministre de la transition écologique, un

Conseil national de la transition écologique¹ et une agence, l'Ademe, qui se désigne depuis peu comme l'« agence de la transition écologique ». Le terme est souvent accolé à la transition énergétique², voire au développement durable³ et de plus en plus ces jours-ci, la transition écologique est qualifiée de « solidaire », héritage de la dénomination du ministère de l'écologie entre 2017 et 2020, la crise des gilets jaunes nous ayant rappelé brutalement à quel point l'un ne va pas sans l'autre.

La transition écologique est finalement un terme « consensuel »⁴ qui est peu interrogé⁵. Si la notion de développement durable invitait déjà à un changement de modèle économique et social pour répondre aux enjeux environnemen-

1. Art. L. 133-1 à 4 du Code de l'environnement.

2. Comme dans le Code de l'urbanisme dont une sous-section s'intitule : « Transition écologique et énergétique » et dont le premier article évoque tous ensemble « les enjeux en matière de préservation de l'environnement et des ressources naturelles, de prévention des risques naturels, de transition écologique, énergétique et climatique ».

3. Comme dans l'article L. 133-2 du Code de l'environnement qui détaille les missions du Conseil national de la transition écologique.

4. Le terme est de F.-G. Trébulle lors de son rapport de synthèse, au cours du colloque « Le droit économique, levier de la transition écologique ? », A.-S. Epstein et M. Nioche (dir.), 14 et 15 juin 2021.

5. V. cep. la réflexion collective sur celle-ci : A. Van Lang (dir.), *Penser et mettre en œuvre les transitions écologiques*, éd. Mare & Martin, coll. « Droit, sciences et environnement », 2018.

taux auxquels nous étions confrontés, la transition écologique apparaît comme le moyen d'y parvenir : elle porte en elle une action immédiate et concrète pour réaliser cette mutation rendue nécessaire par les prévisions alarmistes du GIEC et de l'IPBES⁶. Ce n'est pas sans conséquence sur les textes qui visent à assurer cette transition : adoptés à un rythme effréné⁷, ils sont tantôt programmatoires, tantôt techniques, en tout cas éloignés des canons législatifs enseignés par Portalis. Le terme est également plus large que celui de « transition énergétique » qui a pu avoir les faveurs du législateur fut un temps⁸ : il souligne que n'est pas seulement en jeu le changement climatique et les difficultés énergétiques auxquelles nous sommes confrontés, mais tout le vivant. Un retour au bon sens dans la mesure où le climat ne saurait « cacher la forêt »⁹.

De fait, la transition écologique postule que l'activité humaine doit désormais évoluer dans le cadre des limites planétaires identifiées, sous peine de ne plus pouvoir continuer à vivre sans modifier brutalement et de manière imprévisible l'environnement¹⁰. En cela, aucune sphère du droit ne peut ignorer cette mutation systémique qui s'annonce et le droit des obligations a bien entendu son rôle à jouer. Le contrat, support de toute activité humaine, est évidemment au premier plan : la transition écologique, qui est en réalité avant tout économique, s'opère par l'intermédiaire d'une multitude de contrats de droit privé. La responsabilité civile est également concernée dans la mesure où la transition écologique s'accompagne inévitablement de dommages, irréversibles pour certains, dont une par-

tie croissante de la société civile se demande s'ils peuvent être réparés ou, mieux, prévenus. Par un effet retour, le droit des obligations évolue : les fonctions de régulation des comportements assumées par le contrat et la responsabilité civile prennent le pas sur les autres et nous offrent ainsi une nouvelle illustration de la métamorphose du droit des obligations étudiée depuis une vingtaine d'années.

Il s'agit ainsi de faire ressortir la manière dont le droit des obligations œuvre pour la transition écologique (I) avant d'analyser incidemment la mutation qu'opère la transition écologique sur le droit des obligations (II).

I. Le droit des obligations au soutien de la transition écologique

La transition écologique concerne tous les domaines du droit ou presque. En particulier, tant le contrat (A) que la responsabilité civile (B) sont mis à contribution.

A. Le contrat au service de la transition écologique

La transition écologique est, à n'en pas douter, intégrée dans l'intérêt général. Or, l'idée est désormais classique, l'intérêt général n'est pas étranger au contrat de droit privé. D'abord, il s'impose au contrat par le biais de l'ordre public qui encadre et guide la volonté des parties. Sur-tout, le contrat peut contribuer à l'intérêt général¹¹. De fait, la liberté contractuelle est à la fois restreinte (1) et mise au service de l'impératif de mettre en œuvre la transition écologique (2).

6. Plateforme intergouvernementale scientifique et politique sur la biodiversité et les services écosystémiques.

7. Et ce n'est pas près de cesser : alors que la loi Énergie Climat venait d'inscrire dans le Code de l'énergie l'objectif de diminuer de 40 % les émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030, le Conseil européen a rehaussé l'objectif à 55 % par rapport aux émissions de 1990 en décembre 2020. Ce nouvel objectif entraîne une révision de tout un corpus de textes européens dont découleront de nombreuses réformes de mise en conformité du droit...

8. Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

9. G. Sainteny, *Le climat qui cache la forêt*, éd. Rue de l'échiquier, 2015.

10. J. Rockström et al., *Planetary Boundaries : Exploring the Safe Operating Space for Humanity*, 2009 ; Stockholm Resilience Center, "It's all about the safe operating space", 2019 : 9 voire 10 limites ont été identifiées par des chercheurs du *Stockholm Resilience Center* : le changement climatique, l'érosion de la biodiversité, la perturbation des cycles biogéochimiques de l'azote et du phosphore, les changements d'utilisation des sols, l'acidification des océans, l'utilisation mondiale de l'eau, l'appauvrissement de la couche d'ozone et l'augmentation de la concentration des aérosols dans l'atmosphère.

11. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », t. 411, 2004, n° 82, p. 71.

1. La liberté contractuelle restreinte par les impératifs posés par la transition écologique

La montée en puissance de l'ordre public écologique décrite depuis quelques années¹² se traduit par la multiplication des obligations imposées aux contractants destinées à soutenir la transition écologique¹³. Elles ont principalement pour objet de réduire les émissions de gaz à effet de serre et d'introduire de la durabilité dans les biens. Les textes qui les prévoient ajoutent le plus souvent des éléments au contenu du contrat ou, plus rarement, retranchent certaines prérogatives contractuelles.

La multiplication des obligations d'information environnementales. La plupart des obligations imposées à ce jour à des contractants sont des obligations d'information, cette information se présentant le plus souvent sous la forme d'une étiquette visuelle ou d'un affichage. Le législateur a d'abord imposé la fourniture d'informations portant sur la consommation d'énergie à certains contractants avec l'intention d'en faire un élément central de sa politique de lutte contre les dérèglements climatiques. L'information concerne tant les biens mobiliers

qu'immobiliers : produits électroménagers, voitures particulières neuves et immeubles vendus ou donnés à bail¹⁴ notamment. D'autres informations portent spécifiquement sur les émissions de gaz à effet de serre, en particulier dans le cadre de l'exécution d'un contrat de transport¹⁵. Le législateur a également imposé des informations sur la durabilité dans les biens dans le but d'encourager « l'économie de fonctionnalité »¹⁶. Depuis l'entrée en vigueur de la « loi Hamon » le 1^{er} mars 2015¹⁷, le fabricant ou l'importateur est ainsi tenu d'informer le vendeur professionnel de la durée de disponibilité sur le marché des pièces détachées indispensables à la réparation des biens meubles, de sorte que le vendeur puisse à son tour en informer les consommateurs¹⁸.

Le domaine de ces informations est en constante expansion. La loi du 10 février 2020 relative à l'économie circulaire¹⁹ étend encore le champ des biens et services qui doivent mettre à disposition du consommateur des informations environnementales²⁰ et introduit des indices de réparabilité²¹ et de durabilité²² : plusieurs dispositions figurant dans le Code de l'environnement²³ ont ainsi l'objectif d'assurer l'information des consommateurs pour les inciter à réparer leurs produits. D'autres informations visent à inciter à

-
12. J.-C. Fritz et M. Boutelet (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2005 ; A. Van Lang, « L'ordre public écologique », in C.-A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public, Actes du colloque organisé les 15 et 16 déc. 2011*, éd. Cujas, coll. « Actes & Études », 2013, p. 205 ; B. Laville, « L'ordre public écologique, Des troubles du voisinage à l'aventure de l'anthropocène », in *L'ordre public, APD*, t. 58, Dalloz, 2015, p. 317. Dès 1976, M. Prieur annonçait l'émergence d'un ordre public de la nature : M. Prieur (dir.), *La pollution atmosphérique en droit français et en droit comparé*, Publications administratives spécialisées, coll. « Droit et économie de l'environnement », 1976, p. 5.
13. Pour une étude récente qui analyse les obligations environnementales comme celles qui mettent les contrats au service de la transition écologique, v. L. Fériel, *Les obligations environnementales en droit des contrats*, th. Aix-Marseille, dir. M. Hauteureau-Boutonnet, soutenue le 20 oct. 2020.
14. Art. L. 271-4 C. constr. hab. sur le diagnostic de performance énergétique ; L. 134-1 du C. constr. hab.
15. Art. L. 1431-3 C. transp.
16. Sur laquelle v. G. Leray, « La loi "économie circulaire" et l'économie de fonctionnalité : le rendez-vous manqué », *Énergie – Envir.* – *Infrast.* août-sept. 2020, n° 8-9, dossier 26.
17. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, art. 8.
18. Art. L. 111-4 C. conso.
19. Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (dite « Agec »). Sur les insuffisances de cette loi, v. G. Leray, « La loi "économie circulaire" et l'économie de fonctionnalité : le rendez-vous manqué », préc.
20. V. le titre II dédié à « l'information du consommateur » (art. 12 à 29). Sur l'ensemble des obligations d'information posées par cette loi, v. X. Delpech, « Le contrat dans la loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire », *AJ contrat* 2020, p. 108.
21. V. le nouvel art. L. 541-9-2 C. envir. V. égal. le décret n° 2020-1757 du 29 décembre 2020 relatif à l'indice de réparabilité des équipements électriques et électroniques.
22. V. le nouvel art. L. 541-9-1 C. envir.
23. Sur la dissémination des dispositions concernant l'obsolescence programmée au sein du Code de la consommation et du Code de l'environnement, v. not. Ch. Dubois et M. Leroux-Campello, « L'obsolescence programmée a des petits frères ! », *D.* 2020, p. 1412 : « Loin d'être le jardin à la française qu'on aurait tant aimé, le nouveau dispositif s'apparente davantage à une jungle où des dispositions éclatées dans plusieurs codes et, au sein même du code de la consommation, entre plusieurs chapitres, poursuivent maladroitement un but commun ».

trier les déchets afin de favoriser le recyclage²⁴. En outre, la loi impose la communication au consommateur des émissions de gaz à effet de serre liées à ses consommations internet et mobile²⁵. Enfin, la loi Climat et résilience du 22 août 2021 issu des propositions formulées par les citoyens et citoyennes de la Convention citoyenne pour le Climat remet à l'ordre du jour une expérimentation sur l'affichage environnemental²⁶. Le recours à l'obligation d'information est donc particulièrement exploité par le législateur.

L'essor d'obligations concernant la qualité environnementale des biens. Au-delà de ces obligations d'information, le législateur a également imposé quelques obligations concernant la qualité des biens. En matière immobilière notamment, les constructions nouvelles doivent présenter des qualités de performance énergétique. En effet, de nouvelles exigences concernant les consommations énergétiques des nouveaux bâtiments construits ont été posées dans les lois Grenelle, le secteur du bâtiment ayant été identifié comme un « gisement » d'économies d'énergie²⁷. La « Réglementation thermique 2012 » (« RT 2012 »)²⁸ encore applicable impose expressément une obligation de résultat concernant la performance énergétique des bâtiments²⁹. Ces obligations de conformité seront renforcées très prochainement avec la mise en place de « la réglementation environnementale

2020 » (« RE 2020 ») : les nouvelles constructions devront en effet être à énergie positive et elles seront soumises à certaines exigences concernant leur empreinte carbone sur l'ensemble du cycle de vie du bâtiment³⁰. Les biens de consommation sont également concernés : en effet, la « réparabilité », devient « une des caractéristiques essentielles du bien ou du service » au sens des articles L. 111-1 à L. 111-7 du Code de la consommation³¹, ce qui contribue (du moins théoriquement) à l'allongement de la durée de vie d'un bien.

L'apparition d'obligations de rénovation et de réemploi. Dans le cadre de l'essor de l'économie de la fonctionnalité, les obligations de rénovation et de réemploi ont vocation à être démultipliées. Pour s'en tenir à la matière immobilière, l'obligation de rénovation énergétique des bâtiments existants s'est renforcée au fil de l'adoption de lois environnementales depuis la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte³². Si le Conseil constitutionnel s'est opposé à sa généralisation à tous les bâtiments privés résidentiels³³, l'obligation de rénovation a été imposée dans nombre d'hypothèses lorsque des travaux sont entrepris³⁴.

L'apparition d'obligations venant limiter les prérogatives d'un contractant. Le législateur ne s'est pas contenté d'ajouter au contrat :

24. V. le nouvel art. L. 541-9-3 C. envir.

25. V. art. 13 de la loi du 10 février 2020 ; l'obligation qui sera imposée à compter du 1^{er} janvier 2022 figure à l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

26. Art. 2 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

27. V. H. Périnet-Marquet, « La "grenellisation" du droit de la construction », *Dr. et pat.* juin 2010, n° 193, p. 63-70. V. aussi S. Becque-Ickowicz, « L'impact du Grenelle sur les contrats de construction et la responsabilité des constructeurs », *RDI* 2011, p. 25-33 ; P. Dessuet, « L'impact du Grenelle sur l'assurance construction », *RDI* 2011, p. 34-49 ; du même auteur, « Faut-il réformer le régime de responsabilité des constructeurs pour l'adapter à la nouvelle réglementation thermique applicable aux bâtiments ? », *RGDA* 2013, p. 259-286 ; G. Durand-Pasquier, « L'application de la RT 2012 et la responsabilité décennale des constructeurs », *RDI* 2013, p. 184-195.

28. La RT 2012 a été définie par un décret et un arrêté du 26 octobre 2010 : décr. n° 2010-1269 du 26 oct. 2010 relatif aux caractéristiques thermiques et à la performance énergétique des constructions. V. art. L. 111-9 et s. C. constr. hab.

29. Depuis fin 2012, les bâtiments doivent être à basse consommation, c'est-à-dire que, toutes les constructions neuves faisant l'objet d'une demande de permis de construire doivent présenter une consommation d'énergie primaire inférieure à un seuil de 50 kilowattheures par mètre carré et par an en moyenne (art. L. 111-9 et s. C. constr. hab.).

30. V. art. L. 111-9 C. constr. hab. dans sa dernière rédaction. La « RE 2020 », dont l'adoption a été repoussée à plusieurs reprises, entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022.

31. Art. L. 441-3 C. consom.

32. Pour un bilan, v. G. Durand-Pasquier, « La responsabilité décennale des constructeurs face aux nouvelles perspectives de rénovations énergétiques et environnementales », *RDI* 2021, p. 256.

33. Cons. const., 13 août 2015, n° 2015-718 DC.

34. Art. L. 173-1 C. constr. hab.

il est également venu limiter les prérogatives des contractants, dans le contrat de bail notamment. Depuis la loi dite Grenelle II, le locataire est ainsi obligé de permettre l'accès aux lieux loués pour l'habitation lorsque le propriétaire décide de faire des travaux d'amélioration de la performance énergétique³⁵ par dérogation à l'article 1724 du Code civil qui ne vise que les réparations urgentes³⁶. Par ailleurs, depuis la loi énergie-climat, un bailleur ne peut plus librement augmenter le loyer entre deux locataires si le logement n'est pas suffisamment performant³⁷. Il ne sera d'ailleurs plus possible pour un bailleur de donner à bail une « passoire thermique » à partir du 1^{er} janvier 2023³⁸.

Les obligations impératives greffées sur divers contrats dont l'objectif est d'accélérer la transition écologique sont donc nombreuses et se multiplient au gré de l'adoption de nouvelles lois environnementales. Si, de façon générale, ces obligations ont été faiblement sanctionnées – par exemple : on sait que le non-respect de la réglementation applicable à la construction en matière de performance énergétique ou environnementale n'est pas, par elle-même, susceptible d'engager la responsabilité des constructeurs sur le fondement de la responsabilité civile décen-

nale³⁹ – on perçoit d'année en année le renforcement de ces obligations⁴⁰.

2. La liberté contractuelle au service de la transition écologique

Si l'ordre public a classiquement pour conséquence de venir limiter la liberté contractuelle – ce qu'exprime l'article 1102 nouveau du Code civil⁴¹, il ne se réduit pas à cela⁴² : celui-ci se déploie également à travers le contrat qui peut être mis au service de la finalité poursuivie par la société. C'est ainsi que de plus en plus de contrats s'inscrivent dans la dynamique portée par la transition écologique en dehors de toute réglementation impérative par suite d'incitations de toutes sortes⁴³. Ce phénomène s'explique notamment par le mouvement de contractualisation du droit de l'environnement. L'antienne est connue : « on constate aujourd'hui un mouvement de "contractualisation" des politiques publiques et du droit, au sens où, pour mener des politiques étatiques, les pouvoirs publics préfèrent parfois passer par l'instrument que constitue le contrat plutôt que par la loi ou le règlement »⁴⁴, le phénomène étant apparu dans les années 1960-1970. Ce mouvement de contractualisation se vérifie en matière environnementale⁴⁵ : même si le droit de l'environnement a

35. Art. 7 e) de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989. Pour une application en jurisprudence, v. Civ. 3^e, 9 avr. 2014, n° 12-35.313.

36. Art. 1724 al. 1^{er} C. civ. : « Si, durant le bail, la chose louée a besoin de réparations urgentes et qui ne puissent être différées jusqu'à sa fin, le preneur doit les souffrir, quelque incommodité qu'elles lui causent, et quoiqu'il soit privé, pendant qu'elles se font, d'une partie de la chose louée ».

37. V. art. 19 de la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat ; art. 18 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation. Les prérogatives du bailleur sont encore davantage restreintes par la loi Climat et résilience du 22 août 2021 : l'article 159 vient modifier l'article 17 sur les baux d'habitation et d'ici le 24 août 2022, la hausse des loyers sera interdite dans les logements classés F et G.

38. V. Décret n° 2021-19 du 11 janvier 2021 relatif au critère de performance énergétique dans la définition du logement décent en France métropolitaine : à compter du 1^{er} janvier 2023, un logement sera qualifié d'énergétiquement décent lorsque sa consommation d'énergie (chauffage, éclairage, eau chaude, ventilation, refroidissement...), estimée par le DPE et exprimée en énergie finale par mètre carré et par an, sera inférieure à 450 kWh/m².

39. Civ. 3^e, 11 juill. 2019, n° 18-16.751.

40. Pour les perspectives ouvertes et le rôle essentiel du juge dans ce renforcement, v. A. Stevignon, *Le climat et le droit des obligations*, th. Paris II, à paraître chez LGDJ, n° 386 et. s.

41. Art. 1102 C. civ. : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. // La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

42. V. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », t. 411, 2004, n° 341 et 342, p. 212 : l'auteur souligne que l'opposition entre l'ordre public et la liberté contractuelle n'est pas justifiée ; l'ordre public est un donné social qui préexiste à la règle du jeu contractuel. V. aussi p. 187, n° 290 : « L'ordre public ne se réduit pas à être l'antithèse de la liberté contractuelle, il en est le cadre normal et indispensable ». En ce sens déjà, J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit, Études publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 77 et s.

43. Concernant spécialement la poursuite de l'objectif de lutte contre le changement climatique, v. A. Stevignon, *Le climat et le droit des obligations*, th. préc. n° 391 s.

44. J. Rochfeld, « Le contrat », in *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, coll. « Thémis droit », 2013, n° 15, p. 439.

45. B. Parance et G.J. Martin (dir.), *La régulation environnementale*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2012.

longtemps été considéré comme un droit de police administrative⁴⁶, il s'est mué en un droit transversal à partir du début des années 1990 et a été touché par le phénomène de contractualisation⁴⁷.

Plusieurs exemples topiques illustrent à quel point le contrat de droit privé est sollicité pour accompagner la transition écologique. L'obligation de compensation écologique qui pèse sur certaines personnes morales à l'occasion de la réalisation d'un projet de travaux ou d'ouvrages est indissociable de la conclusion de nombreux contrats de droit privé⁴⁸. Les entreprises proposent de plus en plus de produits ou de services « verts » qui émettent peu de gaz à effet de serre en amont ou en aval ou de « contrats durables »⁴⁹. Des particuliers concluent de nombreux contrats de droit privé pour développer la production d'énergies renouvelables⁵⁰. Les contrats de compensation carbone souscrits volontairement se développent⁵¹. Ce mouvement touche même le secteur financier, pourtant souvent perçu comme court-termiste, avec l'apparition spontanée des « *green bonds* »⁵² qui sont en plein essor depuis quelques années ou le développement des « crédits durables »⁵³. L'introduction de l'obligation

réelle environnementale⁵⁴ par laquelle le propriétaire peut sanctuariser les utilités environnementales dans une finalité de protection en est encore une illustration.

Le contrat contribue ainsi de multiples manières à la transition écologique.

B. La responsabilité civile au service de la transition écologique

La question de savoir comment la responsabilité civile est mise au service de la transition écologique est *a priori* moins évidente. Certes, la transition écologique s'accompagne inévitablement de la survenance de multiples dommages, économiques et écologiques principalement, que la responsabilité civile sera éventuellement amenée à réparer au gré d'éventuels contentieux. Mais l'essentiel de son rôle à jouer est ailleurs : elle a en effet vocation à jouer un rôle incitatif en faveur de cette transition.

En effet, au même titre que le contrat, la responsabilité civile a toujours eu un rôle accessoire de régulation des comportements. Cette fonction normative, aussi désignée comme la fonction prophylactique, préventive, ou encore dissuasive de la responsabilité civile est une fonction

-
46. G.J. Martin, « Les prémices de la régulation en matière d'environnement : de la police administrative au Livre vert de la Commission européenne en date du 28 mars 2007 », in B. Parace et G.J. Martin (dir.), *La régulation environnementale*, op. cit., p. 3-11, spéc. p. 4.
47. A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, coll. « Thémis droit », 4^e éd., 2016, n° 50, p. 40-41. M. Boutonnet, « L'efficacité environnementale du contrat », in O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 21. V. aussi la thèse de V. Monteillet (*La contractualisation du droit de l'environnement*, préf. A. Pelissier, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 168, 2017) ainsi que celle de S. Dupouy-Cadet (*Le contrat et l'environnement*, th. PUAM, préf. J. Mestre et H. Barbier, coll. « Droit des affaires », 2020).
48. M. Lucas, « Le contrat au service de la compensation écologique », *Énergie – Env. – Infrastr.* juin 2017, n° 6, dossier 11. V. art. L. 163-1 III C. envir.
49. Y. Queinnec, « L'émergence de contrats durables pour exercer sa vigilance », *RLDA* 2014, n° 99, 5398; Y. Queinnec et A. Launay, « Le contrat durable, outil de formalisation du devoir de vigilance raisonnable », in K. Martin-Chenut et R. de Quenaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit, perspectives internes et internationales*, Pédone, 2016, p. 471.
50. V. M. Lamoureux, « La lutte contre les pratiques déloyales dans le secteur des énergies renouvelables », *JCP E* 2018, n° 27, p. 1362 et du même auteur : « Le droit privé des contrats au service de la transition énergétique », *Énergie – Env. – Infrastr.* 2019, n° 8-9, étude 12, spéc. n° 6.
51. Sur la compensation carbone, v. B. Leguet et V. Bellassen, « La participation à des programmes de compensation volontaire », in S. Maljean-Dubois et A. Roger (dir.), *L'implication des entreprises dans les politiques climatiques – Entre corégulation et autorégulation*, Doc. fr., 2011, p. 51 et s.
52. V. F.-G. Trébulle, « La prise en compte de la RSE par les banques », *RDBF* 2013, n° 5, dossier 46, spéc. n° 27 : l'auteur évoque l'émission d'obligations vertes dès mars 2012. V. aussi Ph. Thomas, « Nature juridique des *green bonds* », *RDBF* 2015, n° 6, étude 22, n° 3 : « Les obligations vertes sont apparues en 2007, avec l'émission par la Banque européenne d'investissement de "*climate awareness bonds*". Elles s'inscrivent dans le mouvement global de prise en compte des changements climatiques en finance, également illustré par l'émission de Climate Bonds par la Banque mondiale ». V. encore : C. Malecki, « Changement climatique : un *Green Bond Market* à construire », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires* 2015, n° 2, comm. 62, p. 27 à 29.
53. V. Mercier, « La finance durable : un oxymore ? », *RDBF* 2015, n° 4, dossier 43, n° 31. Du même auteur, v. « Financement durable. Quelle régulation juridique pour le prêt responsable ? », *RDBF* 2019, n° 5, étude 12.
54. Art. L. 132-3 C. envir.

traditionnellement attachée à la responsabilité pour faute. De fait, la mise en œuvre de la responsabilité civile exerce un effet dissuasif sur les potentiels auteurs de dommages et « même si le développement de l'assurance lui enlève aujourd'hui une bonne part de son mordant, la crainte d'avoir à payer des dommages-intérêts peut contribuer à rendre les conduites plus prudentes, plus diligentes, plus morales peut-être »⁵⁵. La crainte de voir se multiplier les contentieux et l'atteinte à leur image et à leur réputation qui en résulte joue un rôle plus grand encore en la matière⁵⁶.

Le rôle que la responsabilité civile peut jouer par le biais de cette fonction normative en vue d'assurer une transition écologique effective a une très grande importance au regard du rôle ambigu joué par les entreprises. Si elles s'adressent volontiers à une clientèle soucieuse de ne pas porter une trop grande atteinte à l'environnement dans un but mercantile au risque de faire du *greenwashing*, elles ne se soumettent pas volontiers à la régulation croissante destinée à accompagner la transition écologique. Les exemples sont foisonnants. Pour s'en tenir à quelques illustrations récentes, le Medef n'a ainsi pas hésité au début de la crise sanitaire à demander au ministère de l'écologie un « moratoire » sur l'élaboration de nouvelles dispositions énergétiques et environnementales tandis qu'au niveau européen, de nombreux lobbies luttent actuellement contre la proposition de directive qui vise à étendre le devoir de vigilance des sociétés mères⁵⁷. En raison de ce rôle ambigu et alors que les entreprises jouent un rôle déterminant

pour mettre en œuvre la transition écologique, le désir d'engager la responsabilité des entreprises qui continuent à exercer leur activité sans changer fondamentalement leur manière d'opérer se fait sentir. Si la responsabilité pénale est, en matière environnementale, au premier plan pour sanctionner les entreprises⁵⁸, la responsabilité civile pourrait également assurer une certaine moralisation des comportements.

Pour que la responsabilité civile puisse exercer sa fonction normative, encore faut-il que cette crainte exerce un effet salvateur : autrement dit, il faut que l'on puisse reprocher aux entreprises un comportement fautif. Or c'est là le point crucial : les entreprises peuvent à ce jour continuer à exercer une activité qui n'est pourtant parfois pas soutenable pour la planète et l'humanité : leur responsabilité sociale et environnementale est encore avant tout éthique. Il existe pourtant quelques pistes à explorer du côté de la montée en puissance du devoir de vigilance et de la multiplication des « engagements » volontaires en faveur de la transition écologique.

Engagements volontaires et responsabilité civile. Les entreprises communiquent de plus en plus d'informations sur leurs engagements en matière environnementale, soit de façon volontaire, à titre individuel ou dans un cadre institutionnel⁵⁹, soit de façon contrainte depuis que le législateur impose à de nombreuses entreprises la publication d'informations extra-financières⁶⁰. Les « fausses promesses des entreprises »⁶¹ apparaissant de plus en plus intolérables, de nombreux auteurs se sont interrogés

55. J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2004, n° 1114, p. 2253.

56. L'atteinte à la réputation contribue particulièrement à assurer la fonction normative de la responsabilité civile : v. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 41, p. 88 : l'auteur donne l'exemple des condamnations civiles prononcées sur le fondement d'une faute professionnelle qui peuvent porter atteinte à la réputation du responsable, la garantie par une assurance étant indifférente.

57. V. le rapport Les Amis de la Terre, « Tirées d'affaire ? Le lobbying des multinationales contre une législation européenne sur le devoir de vigilance », juin 2021.

58. De manière générale, sur l'attraction de la responsabilité pénale en matière environnementale, v. le numéro spécial de la revue *Énergie – Environnement – Infrastructures*, déc. 2017, n° 12.

59. V. par ex. le portail public NAZCA (« Zone des acteurs non-étatiques pour l'action pour le climat ») devenu désormais le Portail de l'Action climatique mondiale.

60. L'obligation pour certaines sociétés de divulguer dans le rapport de gestion des informations en matière environnementale a résulté en premier lieu de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques. L'obligation de « reporting environnemental » a ensuite été étendue par une ordonnance n° 2004-1382 du 20 décembre 2004, par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 dite Grenelle II et encore par la loi n° 2015-995 pour la transition énergétique du 17 août 2015. Puis, à l'occasion de la transposition de la directive Barnier du 22 octobre 2014 par l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017, l'ancien rapport RSE est devenu une déclaration de performance extra-financière.

61. M. Fabre-Magnan, « Les fausses promesses des entreprises : RSE et droit commun des contrats », in *Le juriste dans la cité, Études en la mémoire de Philippe Néau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 451 et. s.

sur la nature et la portée de ce type d'engagements de *soft law* dès les années 2000⁶². En effet, le constat de la multiplication des engagements de RSE a réactivé les interrogations anciennes sur la sanction de l'engagement unilatéral de volonté. Pour leur conférer un effet juridique, certains auteurs appellent de leurs vœux un déploiement de la théorie de l'engagement unilatéral de volonté ; d'autres ont également proposé de découvrir une nouvelle catégorie de quasi-contrat⁶³. D'autres pistes peuvent encore être envisagées⁶⁴.

L'analyse n'a rien de nouveau. L'attente sociale s'est toutefois accrue. Par exemple, des députés ont encore récemment déposé une proposition de loi visant à étendre la responsabilité civile des entreprises pour atteindre « une plus grande effectivité de la responsabilité sociale des entreprises »⁶⁵. Les juges semblent également de plus en plus audacieux, notamment en matière climatique⁶⁶. Comme le soulignait M. Hautereau-Bouttonnet à propos de l'Affaire du siècle⁶⁷, « en admettant la possibilité de regarder de plus près [les engagements climatiques de l'État], le juge pourrait bien avoir ouvert la boîte de Pandore. Car en matière environnementale, l'entreprise raffole tout comme l'État des engagements. [...]

À l'avenir désormais, il se pourrait que, comme l'État, les entreprises aient elles aussi à rendre des comptes devant les juges et que, piochant dans la boîte à outils du droit, les plaideurs trouvent les clés de leur condamnation »⁶⁸. Précisément, dans l'affaire Shell qui a donné lieu à une décision très importante fin mai⁶⁹, un tribunal étranger a eu à examiner les engagements de la société Royal Dutch Shell (RDS) qui s'était engagée, comme d'autres pétroliers tels que Total et BP, à atteindre la neutralité carbone d'ici 2050 en Europe. Le juge de La Haye reconnaît d'abord la responsabilité civile de la société RDS en raison de sa participation au changement climatique à un niveau mondial et des conséquences au niveau local qui en résultent pour les victimes représentées ; il constate ensuite que les engagements sont insuffisants d'ici 2030 et lui impose de réduire les émissions de gaz à effet de serre provenant des activités directes et indirectes du groupe Shell (lui-même composé de plus de 1 100 filiales opérant à travers le monde) dont elle est la société mère, et cela à hauteur de 45 % avant la fin de 2030 par rapport aux émissions de 2019. Le juge a donc pris la société Shell « au mot »⁷⁰ et ce contentieux pourrait en annoncer d'autres⁷¹. La décision est effectivement doublement auda-

62. V., parmi une doctrine abondante, F.-G. Trébulle, « Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnementale », *Rép. soc.* mars 2003, mise à jour juill. 2018 ; I. Desbarats, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E* 2006, n° 5, 1214 et « Vers un droit français de la responsabilité sociétale des entreprises ? », *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1391, p. 6 ; M.-P. Blin-Franchemme, « De quelques éléments de régulation des démarches volontaires en matière de RSE », *RLDA* 2009, n° 40, p. 71.

63. Pour de plus amples développements, v. A. Stevignon, *Le climat et le droit des obligations*, th. préc., n° 437 et s.

64. M. Fabre-Magnan, « Les fausses promesses des entreprises : RSE et droit commun des contrats », préc., spéc. p. 453 et s. : l'auteur envisage trois autres « techniques » pour parvenir à « durcir un engagement mou » : un juge pourrait qualifier notamment des codes de conduites de conditions générales qui seraient ainsi incluses dans le contrat ; un juge pourrait procéder au « forçage » du contrat et considérer que « toute obligation de produire un bien ou un service oblige, par une suite naturelle de l'obligation, à y procéder dans des conditions qui ne portent atteinte ni aux droits de l'homme ni à l'environnement » ; enfin, à partir de la consécration de l'obligation naturelle dans le nouvel article 1100 du Code civil, « l'engagement unilatéral d'une entreprise pourrait [...] être rendu juridique lorsqu'il est soutenu par un devoir de conscience ».

65. Proposition de loi n° 3919 relative à la responsabilité civile des entreprises : pour une plus grande effectivité de la responsabilité sociale des entreprises, déposée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 février 2021.

66. M. Hautereau-Bouttonnet, « L'affaire du siècle, de l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace ! Conversation lors d'un cours de droit de la responsabilité civile », *D.* 2021, p. 281.

67. TA Paris, 3 févr. 2021, n° 1904967-1904968-1904972-1904976.

68. M. Hautereau-Bouttonnet, « L'Affaire du siècle : les promesses climatiques risquent d'engager ceux qui les font », *latribune.fr*, 8 févr. 2021.

69. Tribunal de La Haye, décision du 26 mai 2021 sur laquelle v. C. Lepage, « 26 mai 2021, victoire du climat : fronde des actionnaires d'Exxon Mobil et condamnation de Shell aux Pays-Bas », *Les blogs Actu-Environnement*, 28 mai 2021 ; M. Hautereau-Bouttonnet, « Première condamnation d'une entreprise pétrolière en matière de contentieux climatique ! », *Le blog du Club des Juristes*, 7 juin 2021.

70. L'expression est de F.-G. Trébulle lors de son rapport de synthèse du colloque « L'entreprise face aux défis environnementaux » (A. Casado et F. Safi (dir.), 3 juin 2021).

71. Sur le risque climatique, v. M. Fabre, « Après la condamnation de Shell aux Pays-Bas, les litiges climatiques deviennent un vrai risque pour les entreprises », *novethic.fr*, 3 juin 2021.

cieuse car d'une part, le tribunal donne une portée normative à un engagement de droit souple émanant d'une entreprise et d'autre part, il va très loin dans son contrôle. Il ne s'agit pas en effet de considérer que l'engagement volontaire de Shell (atteindre la neutralité carbone d'ici 2050) n'est pas respecté – ce qui correspondrait à une responsabilité pour le passé. Le tribunal juge plutôt que l'engagement de Shell n'est pas crédible : on est là en présence d'une responsabilité pour l'avenir, la seule qui puisse faire sens en matière climatique.

Essor du devoir de vigilance des sociétés.

La loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre⁷² a été adoptée en 2017 afin de renforcer l'effectivité du droit souple issu de la RSE dans un contexte où la régulation des activités des entreprises multinationales est principalement assurée par celui-ci⁷³. Elle impose à certaines grandes entreprises françaises d'élaborer, de rendre public et de mettre en œuvre un plan de vigilance et encadre le jeu de la responsabilité civile dans l'hypothèse où l'entreprise serait défaillante dans cette mise en œuvre⁷⁴. Elle a été conçue de manière assumée comme un moyen de réguler les entreprises dans la mesure où « toute personne intéressée » est invitée à s'en saisir. Depuis son entrée en vigueur, les contentieux se sont multipliés⁷⁵. Si aucune décision n'a été rendue concernant le jeu de la responsabilité civile⁷⁶, ces contentieux ont d'ores et déjà un effet : pour

s'en tenir à deux exemples, Total, assigné du fait de l'insuffisance de son plan de vigilance en janvier 2020 concernant la problématique du changement climatique, n'a-t-il pas revu ses engagements en faveur du climat en s'engageant à la neutralité carbone à horizon 2050 ? La société Casino, assignée en mars 2021 du fait de ses achats de viande de bœuf issue d'élevages en Amazonie, dont certains sont accusés de favoriser la déforestation, n'a-t-il pas pris des engagements supplémentaires en termes de traçabilité en Colombie après sa mise en demeure⁷⁷ ? Le risque d'engager la responsabilité civile par le biais de cette loi n'est donc pas encore réalisé mais n'en a pas moins un effet normatif.

Ainsi, le rôle que la responsabilité civile peut jouer pour accompagner la transition écologique est au premier abord moins important que celui assumé par le contrat. Mais le jeu effectif de la responsabilité civile en matière de RSE pourrait être particulièrement incitatif en faveur de cette transition.

II. La transition écologique source de mutation du droit des obligations

Rien ne destine *a priori* les deux piliers du droit privé que sont le contrat et la responsabilité civile à être autant mis au service de la transition écologique même s'il a été démontré que le droit des obligations s'ouvrirait de plus en plus à des valeurs d'intérêt général pour assurer en particu-

72. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017.

73. B. Parance, « Vers de nouvelles frontières pour la responsabilisation des entreprises ? », *Dr. et pat.* 2016, n° 257, p. 3 et du même auteur « L'influence du droit international de l'environnement sur les entreprises multinationales. À propos de la proposition de loi française relative au devoir de vigilance des entreprises », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2017, p. 277, spéc. p. 287. V. aussi J. Lagoutte, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ou la rencontre de la RSE et de la responsabilité juridique », *Resp. civ. assur.* 2015, n° 12, étude 11.

74. Sur les aspects de responsabilité civile de la loi, v. A. Danis-Fatome et G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p. 1610 ; B. Parance, « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Gaz. Pal.* 18 avr. 2017, n° 15, p. 16 ; S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *JCP G* 2017, n° 22, doct. 622 ; D. Mazeaud, « Réflexions sur la loi du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance », in *Un droit en perpétuel mouvement, Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 573 et s.

75. Six entreprises comme Casino, Total ou encore Suez ont été assignées ou ont fait l'objet d'une mise en demeure.

76. Les deux premières décisions rendues en la matière – CA Versailles 10 déc. 2020, n°s 20/01692 et 20/01693 ; TJ Nanterre, ord., 11 févr. 2021, n° 20/00915 – ont porté sur la compétence. À propos de celles-ci, v. P. Abadie, « Les enseignements de la procédure sur la nature du devoir de vigilance : entre contestation relative aux sociétés commerciales et contestation relative à la responsabilité sociale », *D.* 2021, p. 614 ; G. Leray, « Équivoque sur la compétence juridictionnelle en matière de plan de vigilance », *Rev. sociétés* 2021, p. 297 ; A. Lecourt, « Premières questions autour de la compétence juridictionnelle en matière de respect du devoir de vigilance des sociétés mères : primauté *a priori* au tribunal de commerce », *RTD com.* 2021, p. 135.

77. V. les engagements de la filiale Exito publiés le 17 décembre 2020.

lier la protection de l'environnement⁷⁸. Il convient dès lors de faire l'état des lieux de cette évolution qui n'est pas sans incidence tant sur le contrat (A) que sur la responsabilité civile (B).

A. La mutation du contrat

Le contrat est un des vecteurs principaux de la transition écologique. Mis au service de l'intérêt général, le contrat est de moins en moins la chose des parties avec la multiplication des obligations identifiées *supra*.

La mutation observée se caractérise par l'apparition d'obligations qui ne visent pas seulement l'intérêt des parties, voire plus du tout. Il en est ainsi par exemple de l'obligation d'information sur les émissions de gaz à effet de serre au cours de l'exécution d'un contrat de transport, obligation qui n'est d'ailleurs pas nécessairement précontractuelle⁷⁹. Ces obligations ne sont donc pas toutes intégrées au contrat. En effet, seules certaines de ces nouvelles obligations d'information le sont, dès lors qu'elles poursuivent égale-

ment l'intérêt des parties : c'est le cas par exemple des obligations qui visent à atteindre des économies d'énergie. Les autres ne peuvent être considérées comme des obligations d'information de nature précontractuelle ou contractuelle. L'obligation d'information « s'objectivise » au sens où elle ne vise plus seulement l'intérêt des parties⁸⁰. Certains qualifient les clauses contenant ces informations de clauses « informatives »⁸¹. Le contrat n'est alors que le support d'une information purement didactique, ce qui peut rendre perplexé⁸².

Le contrat assume ainsi plus que jamais une fonction de régulation sociale⁸³ qui passe par la pédagogie. Si l'on illustre à nouveau ce point avec les diverses obligations d'information identifiées, l'information n'a plus seulement voire plus du tout pour fonction de protéger les parties et en particulier leur consentement⁸⁴, ni d'établir une meilleure concurrence propice au développement économique et à la lutte contre l'inflation⁸⁵, mais a essentiellement vocation à inciter

78. M. Boutonnet, « Dix ans d'écologisation du droit des obligations... », *Env. et dév. durable*, 2012, n° 11, n° 2, p. 12 : « le droit des contrats autant que le droit de la responsabilité civile sont en proie à des évolutions conceptuelles plus profondes. Conçus comme deux piliers individualistes du droit privé, le contrat autant que la responsabilité s'ouvrent au collectivisme, à des valeurs d'intérêt général, à la protection de l'environnement ». V. aussi du même auteur « De l'obligation d'information "sur l'environnement" à l'obligation d'information "pour l'environnement", entre intérêt des parties et intérêt général », *RDC* 2012, n° 3, p. 908 et s. ; « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *D.* 2012, p. 377 : « créées par le législateur ou directement par les parties, certaines obligations environnementales ont vocation à se saisir de l'impératif de protection de l'environnement, en particulier celui lié au rejet des gaz à effet de serre. La donnée environnementale n'est donc plus appréhendée contractuellement uniquement pour le bien des parties, mais aussi dans l'intérêt de tous ».

79. V. art. D. 1431-21 C. transp.

80. Sur cette métamorphose de l'obligation d'information dans les rapports contractuels, v. M. Boutonnet, « De l'obligation d'information "sur l'environnement" à l'obligation d'information "pour l'environnement", entre intérêt des parties et intérêt général », *préc.*, p. 908 ; du même auteur : M. Boutonnet, « Des obligations environnementales en droit des contrats », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, éd. Frison-Roche, 2013, p. 63 et s. V. aussi N. Blanc, « Le contrat de droit privé à l'épreuve des questions environnementales », in M. Mekki (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, 2016, p. 131 s., spéc. n° 18, p. 140.

81. Les clauses « informatives » figurent dans le contrat sans créer d'obligations nouvelles. Sur ces clauses informatives, v. M. Mekki, « L'essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », *RDC* 2006, n° 3, p. 1051 et s., spéc. p. 1058 ou du même auteur, « Contrat et devoir de vigilance », *RLDA* 2015, n° 104, p. 86 et s., n° 11.

82. N. Blanc, « Le contrat de droit privé à l'épreuve des questions environnementales », *préc.*, n° 19, p. 140 : « S'il est certain que le contrat, et les obligations qui en résultent, peuvent satisfaire à la fois l'intérêt général et les intérêts particuliers des cocontractants, les obligations imposées le sont alors au bénéfice d'au moins un des contractants et se justifient. Mais n'est-on pas en train de dépasser cette logique pour ne protéger que l'intérêt général ? Dans ce cas, le contrat est-il réellement l'instrument idoine ? Il est permis d'en douter ».

83. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, op. cit.*, n° 1054, p. 631 et n° 1088, p. 657 : « le contrat de la société contractuelle est plus qu'un simple contrat de droit privé. Signe d'un ordre libéral et mercantile, le contrat de droit privé est certes encouragé, mais c'est en tant que technique de régulation sociale qu'il s'impose au sein de la société contractuelle ».

84. L'obligation d'information a d'abord eu pour objectif, d'un point de vue individuel, de prévenir les vices du consentement : dans cette perspective, on estimait généralement que le « profane » était un individu intelligent et libre, apte à défendre lui-même ses propres intérêts si on lui fournissait l'information nécessaire pour réfléchir avant de conclure le contrat : v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2019, n° 329, p. 366 et n° 332, p. 369. V. aussi J. Rochfeld, « Le contrat », in *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, n° 12, p. 433-434.

85. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 329, p. 366.

les contractants à adopter un comportement favorable à la transition écologique⁸⁶. Imposée par des lois pédagogiques⁸⁷, l'information devient essentiellement didactique en ce qu'elle vise à faire évoluer les comportements des citoyens au quotidien, notamment lorsqu'ils consomment ou se déplacent. Là encore, cette fonction d'éducation, de pédagogie que joue parfois le contrat *via* l'obligation d'information n'est pas nouvelle : certaines obligations d'information récemment imposées par le législateur n'avaient déjà plus aucun lien avec le consentement des parties en ayant pour principal objet de renseigner l'une des parties sur l'état du droit⁸⁸. Ces obligations d'information participaient déjà à l'essor de la fonction pédagogique du contrat décrit par J. Rochfeld⁸⁹. Mais aujourd'hui, cette fonction d'éducation de l'obligation d'information est étendue à la transition écologique et prend une ampleur sans précédent. On peut supposer que cette fonction didactique ne fait que prendre son essor au vu de l'importance assignée par le législateur à l'éducation des individus sur les problématiques environnementales, certains auteurs soulignant d'ailleurs que l'action étatique en ce domaine est encore insuffisante⁹⁰. Si la finalité poursuivie est tout à fait louable, le contrat n'en assume pas moins une fonction inhabituelle.

Cette réflexion sur la fonction pédagogique du contrat peut être étendue aux autres obligations imposées au nom de la transition écologique. Les réglementations techniques – telles que la RT 2012 et la RE 2020 qui sont des normes « citoyennes »⁹¹ – visent à faire émerger des qualités de performance énergétique et de durabilité pour les biens. Ces qualités deviennent contractuelles et font prendre conscience à ceux qui les détiennent ou qui en font usage, de leur impact sur l'environnement.

Ainsi, au fur et à mesure de la montée en puissance de l'ordre public écologique, le contenu du contrat est de plus en plus objectif et sa fonction pédagogique renforcée. Certains y voient même la réapparition d'une nouvelle forme de solidarisme contractuel⁹².

Cette mutation ne s'arrête pas là : comme le contrat, la responsabilité civile assume également de plus en plus à titre principal des fonctions qui étaient conçues comme secondaires.

B. La mutation de la responsabilité civile

Cette mutation est scrutée en doctrine depuis quelques années déjà⁹³. La responsabilité civile est en effet naturellement tournée vers le passé : elle a historiquement été « conçue comme l'obligation de répondre des conséquences domma-

86. V. à propos des obligations environnementales en général : M. Boutonnet, « De l'obligation d'information "sur l'environnement" à l'obligation d'information "pour l'environnement", entre intérêt des parties et intérêt général », préc., p. 908. V. aussi S. Dupouy-Cadet, *Le contrat et l'environnement*, op. cit., n° 268-269.

87. À ce sujet, v. J. Carbonnier, « Sur la loi pédagogique », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 155-169, spéc. p. 157 : « si la loi a été proclamée éducatrice, c'est qu'on l'a fait sortir du juridique pour la faire pénétrer dans le moral. On escompte qu'elle contribuera à former les mœurs, lesquelles s'intérioriseront, se sublimeront en une éthique ».

88. Sur ce sujet, v. N. Molfessis, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 927-953, spéc., n° 11, p. 933.

89. J. Rochfeld, « Le contrat », in *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., n° 29, p. 474 : « le contrat endosse désormais une fonction pédagogique : il intervient comme un outil de pédagogie aux mains des pouvoirs publics, c'est-à-dire que le passage par la conclusion d'un contrat est choisi pour "inculquer" aux justiciables leurs obligations légales ou réglementaires existantes ». V. aussi n° 15, p. 440.

90. V. L. Fonbaustier, « L'État face au changement climatique », *D.* 2015, p. 2269-2272, spéc. p. 2271 : « Il faudrait [...] qu'un autre ressort de l'action étatique soit déployé avec beaucoup plus d'ambition et de moyens qu'aujourd'hui : celui de la pédagogie et, plus largement, de l'éducation, de la communication, de l'information et de la formation sur les questions d'environnement, particulièrement celles liées aux enjeux d'une lutte contre le changement climatique, autant qu'à ses causes ».

91. Ph. Malinvaud, « Les normes citoyennes et le droit de la responsabilité – À propos de la RT 2012 », *RDI* 2015, p. 553.

92. O. Gout, « Le changement climatique et le contrat, perspective de droit interne », in M. Hautereau-Boutonnet et S. Porchy-Simon (dir.), *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, Dalloz, coll. « Thème et commentaires », 2019, p. 109 et s., spéc. p. 117 : le contrat individuel de consommation « illustre, d'une certaine manière, une nouvelle forme de solidarisme contractuel en ce sens qu'il ne s'inscrit pas uniquement dans une démarche personnelle, égoïste, mais participe au développement durable et respectueux de l'environnement » ; v. déjà en matière environnementale : M. Hautereau-Boutonnet, « Le contrat et l'environnement », préc. et du même auteur, « Le contrat environnemental », *D.* 2015, p. 217 et s.

93. C. Thibierge « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD civ.* 1999, p. 561 et s. ; C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, p. 577 à 582.

geables de ses actions passées, c'est-à-dire des dommages d'ores et déjà causés à autrui »⁹⁴. Si la responsabilité civile a toujours contribué à prévenir la réalisation de futurs dommages, cette fonction normative était jusqu'à récemment considérée comme accessoire à sa fonction indemnitaire⁹⁵. Mais l'impérieuse nécessité que la plupart des dommages associés à la transition écologique soient autant que possible atténués ou prévenus appellent à repenser cet ordre. Les risques auxquels nous faisons face – changement climatique et perte de biodiversité notamment – ont changé de nature du fait d'un changement d'échelle substantielle (de nombreux risques sont irréversibles), temporelle (les conséquences de ces risques seront perçues essentiellement par les générations futures) et spatiale (ces risques ne connaissent pas de frontière)⁹⁶. Il en résulte un essor de la fonction préventive de la responsabilité civile⁹⁷ qui n'est pas sans conséquence sur ses conditions de fond. Ainsi, la réparation du préjudice, alors qu'elle est normalement centrale au point qu'on a pu affirmer « pas de préjudice, pas de responsabilité civile »⁹⁸, est reléguée tandis

que la fonction de « cessation de l'illicite » identifiée par la doctrine⁹⁹ est appelée à devenir essentielle.

Ainsi la fonction réparatrice de la responsabilité civile est en train de devenir en la matière tout à fait secondaire par rapport à sa fonction normative voire à sa fonction préventive. La mise en œuvre de la loi sur le devoir de vigilance illustre ce phénomène : l'objectif poursuivi par les demandeurs – essentiellement des ONG – dans les premiers contentieux engagés est avant tout de faire évoluer les entreprises sur leur gestion des risques environnementaux : la demande d'indemnisation est secondaire.

En conclusion, la crise écologique que nous traversons impose un changement de paradigme que la transition écologique est censée assurer. Or il n'y aura pas de transition écologique si le droit des obligations n'opère pas lui-même sa « mue »¹⁰⁰. Détournés de leur objet premier au nom de l'intérêt général, les deux piliers du droit privé sont en train de démontrer leur formidable efficacité pour accompagner cette transition.

94. J. Rochfeld, « La responsabilité civile », in *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., n° 2, p. 483.

95. G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2008, n° 66, p. 151 : « jusqu'à une époque très récente, si on admettait bien que la responsabilité civile avait une fonction accessoire de prévention, liée à sa fonction normative, on ne contestait guère la primauté de sa fonction indemnitaire ».

96. Pour une présentation de la mutation des risques, v. J. Rochfeld, « La responsabilité », in *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 512, n° 22.

97. Pour une présentation approfondie de l'essor de cet « objectif de prévention » poursuivi par la responsabilité civile, v. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2017, n° 16 et s., p. 35 et s.

98. Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation*, 2018/2019, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 11^e éd., 2017, n° 2121.11.

99. Sur la fonction de cessation de l'illicite, v. Ph. Le Tourneau, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD civ.* 1988, p. 505 s., spéc. p. 508. V. égal. C. Bloch, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, préf. R. Bout, avant-propos Ph. Le Tourneau, Dalloz, coll. « Nouvelle bibl. des thèses », 2008; G. Viney, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », in *Liber Amicorum, Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz – LGDJ, 2009, p. 547 et s.

100. L'expression a été employée par F.-G. Trébulle dans son rapport de synthèse au cours du colloque « Le droit économique, levier de la transition écologique ? » (A.-S. Epstein et M. Nioche (dir.), 14 et 15 juin 2021).

Dossier

Le droit face aux défis de la transition écologique

La « dépatrimonialisation » des droits à produire en matière environnementale Réflexion à partir du (futur ?) quota carbone individuel de transport aérien

Gabriel Sebban

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas
Post-doctorant à l'Université Panthéon-Assas

1. La course à la « neutralité carbone » est bel et bien lancée. Sur tous les fronts, les politiques s'agitent pour la transition écologique, au niveau local comme international. Des vignettes Crit'Air aux Accords de Paris de 2015, de la rénovation des « passoires thermiques » à la sortie des énergies fossiles, tous les moyens sont bons pour aboutir à une réduction drastique des émissions de gaz à effet de serre et à des solutions à faible intensité de carbone, à plus ou moins longue

échéance¹. L'incitation² laisse d'ailleurs la place à la menace³, quand cette dernière ne la dispute pas à la sanction, qu'elle soit petite⁴ ou grande⁵. L'urgence climatique le commande⁶ : sur l'année 2020, la moyenne des températures en France se situait 2,1 degrés au-dessus de la normale ; entre 1995 et 2015, l'empreinte carbone moyenne des Français a augmenté de 20 % pour se situer aux alentours de 12 tonnes équivalent CO₂ ; sur les trente dernières années, les transports interna-

1. Art. L. 100-4 1° C. énerg., prévoyant la réduction des émissions de gaz à effet de serre de 40 % entre 1990 et 2030 et la division par quatre des émissions de gaz à effet de serre entre 1990 et 2050.
2. L'on peut ici songer aux primes énergétiques pour rénover les habitations ou aux primes à la conversion pour acquérir un véhicule électrique.
3. V. CE, 1^{er} juill. 2021, « Commune de Grande-Synthe et autres », n° 427301, enjoignant au Premier ministre de « prendre toutes mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national afin d'assurer sa compatibilité avec les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixés à l'article L. 100-4 du code de l'énergie et à l'annexe I du règlement (UE) 2018/842 du 30 mai 2018 avant le 31 mars 2022 ».
4. En témoigne l'application d'un malus écologique pour l'achat d'un véhicule thermique.
5. En témoigne la récente condamnation du groupe pétrolier Shell, le 26 mai 2021, par le tribunal de La Haye aux Pays-Bas, à réduire de 45 % ses émissions de CO₂ d'ici 2030.
6. Rapport du Haut Conseil pour le Climat d'octobre 2020. V. en dernier lieu le rapport du Haut Conseil pour le Climat de juin 2021.

tionaux aériens – source de 5 à 8 % des émissions mondiales de gaz à effet de serre⁷ – ont augmenté de 180 %, entraînant avec eux une hausse sans précédent des émissions.

2. C'est dans ce contexte qu'une proposition de loi⁸, passée relativement – et paradoxalement – inaperçue⁹, a été déposée le 30 juin 2020 à l'Assemblée nationale, visant à instaurer des *quotas carbone individuels de transport aérien*, strictement égaux pour chaque personne et inscrits sur un « compte carbone individuel » comptabilisant les droits cumulés par tout un chacun au titre du quota carbone individuel¹⁰ : chaque personne ne pourrait voyager en avion que dans la limite de ses quotas annuels, dont la consommation serait fonction de la distance parcourue et donc du coût en carbone de chaque trajet. Si la proposition, censée mettre la France en conformité avec ses engagements et ses objectifs climatiques, n'a, pour l'heure, pas encore été examinée, se trouvant renvoyée à la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, elle pourrait, si elle était adoptée, provoquer un changement radical dans les habitudes des Français, contraints de limiter leurs déplacements, sauf quelques exceptions¹¹.

3. S'il paraît tout à fait opportun de fixer un seuil annuel maximal d'émission de CO₂, sans possibilité de l'épuiser entièrement (tout le monde ne prenant pas l'avion, les quotas demeurant en outre incessibles¹²), demeurent toutefois des incertitudes et des craintes. Des incertitudes, d'abord, sur le périmètre de la mesure : le compte carbone individuel aura-t-il vocation à n'être dépensé que sur des vols au départ ou à l'arrivée de la France ? Les comptes seront-ils tenus par les compagnies aériennes elles-mêmes ? Quelles

seront les sanctions en cas de dépassement du seuil autorisé ? Si ces questions ont probablement vocation à recevoir une réponse ultérieure, l'on peut regretter que toute la lumière ne soit d'ores et déjà pas faite sur la plupart d'entre elles. Des craintes, ensuite et surtout, que la mesure reste sans véritable effet. L'instauration d'un système de quotas carbone n'a premièrement de sens que si un maximum d'États se dote du même système, la baisse des émissions de CO₂ espérée ne pouvant être significative qu'à cette condition. La création de quotas carbone individuels risque autrement, et deuxièmement, d'être contreproductive et de déplacer le problème : tous ceux qui souhaiteraient voyager en avion après avoir épuisé leurs quotas, faute de pouvoir en acquérir auprès d'autres personnes, n'auraient en effet qu'à faire le trajet en train ou en voiture jusqu'à un pays limitrophe (à supposer qu'il ne se dote pas du même mécanisme et n'ait pas accès au solde du compte carbone) : ce que la France « gagnerait » en baisse du trafic aérien serait, d'une part, nécessairement perdu par la hausse des émissions provenant des modes de transport alternatifs, et d'autre part compensé par un transfert des émissions aux pays voisins. En fin de compte, aucun progrès à l'horizon, la France ne se trouvant pas épargnée.

4. Malgré les interrogations entourant la venue d'un tel mécanisme en droit français, tant en ce qui concerne son application que son existence même, un point attire notre attention : l'indisponibilité de ces quotas, justifiée par l'idée, selon les députés à l'origine du texte, que « l'argent ne doit pas accorder un droit à polluer l'air de tous ». Contrairement à d'autres « titres environnementaux »¹³ et plus généralement aux autres

7. The Shift Project, « Crise(s), climat : préparer l'avenir de l'aviation. Propositions de contreparties à l'aide publique au secteur aéronautique et à l'aviation », 27 mai 2020 ; « Pouvoir voler en 2050. Quelle aviation dans un monde contraint ? », 3 mars 2021.

8. Proposition de loi n° 3164 visant à instaurant un quota carbone individuel pour limiter l'usage de l'avion, déposée le 30 juin 2020 par les députés Delphine Batho et François Ruffin.

9. La sortie du confinement et la canicule d'alors expliqueront probablement le relatif désintérêt de la presse pour cette proposition pourtant radicale.

10. Chaque personne pourrait ainsi cumuler des quotas carbone d'année en année, rechargeant ses droits par la même occasion, sans risque de les perdre à la fin de chaque année civile.

11. La continuité territoriale des Outre-mer et de la Corse ou les rapprochements familiaux ne seraient pas impactés par ce plafonnement des trajets en avion. En outre, seuls les usages particuliers de l'avion sont pour l'instant encadrés ; ce ne serait qu'à compter de 2023 que ces quotas joueraient pour les déplacements de nature professionnelle.

12. V. *infra*, n° 4.

13. F.-G. Trébulle, « Les titres environnementaux », *RJE* 2011/2, vol. 36, p. 203.

droits à produire¹⁴ comme les quotas d'émission de gaz à effet de serre¹⁵, les certificats d'économie d'énergie¹⁶ ou la gamme des unités de réduction des émissions¹⁷, les quotas carbone individuels demeurerait intransférables et insusceptibles de faire l'objet de transactions. Leur patrimonialité serait à tout le moins limitée, pour ne pas dire niée, et ainsi leur qualification de biens¹⁸. Peu s'en faut pour remarquer que la mesure surprend. D'aucuns ont en effet loué les vertus du marché et promu son recours pour accompagner la transition écologique et œuvrer pour la « défense de la nature »¹⁹. Vu comme un « régulateur de la politique environnementale »²⁰, le marché aurait pour rôle d'être un facilitateur de la baisse des émissions de carbone et, au-delà, d'être un mode de « gestion efficace de la ressource »²¹. Telle est d'ailleurs l'idée au cœur du système des quotas d'émission de gaz à

effet de serre : inciter les entreprises polluées à réduire leurs émissions en leur offrant la possibilité de revendre leurs « droits à polluer » non consommés à d'autres entreprises moins économes²². La perspective d'un avantage financier devait donc naturellement pousser les entreprises à réduire leurs émissions et à s'autoréguler²³. Pourquoi, dès lors, ne pas opter pour ce même système s'agissant des quotas carbone individuels ?

5. L'idée que le marché aurait pour vertu d'accompagner la transition écologique est pourtant difficilement soutenable aujourd'hui. L'existence d'un marché des droits à produire peut d'abord conduire à des effets pervers. Tel est le cas du marché des unités de compensation, que certaines entreprises acquièrent pour accomplir (plutôt se dispenser, dirons-nous...) leur obligation de compensation environnementale. Tel est

-
14. Les droits à produire, nés de limitations de la production, de l'émission ou de la commercialisation de certains produits, sont concédés par les pouvoirs publics et investissent leur titulaire du droit de produire dans les limites du seuil défini. La production, par l'effet du contingentement de la production décidé par les pouvoirs publics, devient donc une denrée rare, et l'interdiction la mesure de la production. Sur cette question, v. G. Sebba, *Le bien juridique : essai sur le système des droits patrimoniaux*, th. Paris II, 2020, n° 474 et s.
15. Art. L. 229-5 et s. C. envir. En restreignant la liberté d'émettre des gaz à effet de serre, le législateur a fait du quota le titre représentant un droit d'émettre. En ce sens, v. T. Bonneau, « Quotas de CO₂, biens et titres financiers », *Bull. Joly B.* n° 3, 1^{er} mars 2011, p. 207, spéc. n° 2 ; T. Revet, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?) », *D.* 2005, p. 2632.
16. Art. L. 221-1 à 12 ; L. 222-1 à 9 ; R. 221-1 à 30 ; R. 222-1 à 12 C. éner. Par les certificats d'économie d'énergie, les pouvoirs publics ont imposé aux vendeurs d'énergie, les « obligés », une obligation de réaliser des économies d'énergie. À chaque fin de période, les « obligés » se voient remettre, s'ils ont réalisé des économies d'énergie, des certificats équivalents à ces économies. Une fois ces certificats obtenus, ceux-ci pourront, comme les quotas d'émission de gaz à effet de serre excédentaires, être l'objet d'échanges. En somme, les certificats d'économie d'énergie apparaissent comme des récompenses offertes en contrepartie de la réalisation d'une économie d'énergie. Sur la question, v. L. Vidal, « Les certificats d'économie d'énergie », *RFDA* 2017, p. 487 ; A. Rainaud, « Les certificats d'économie d'énergie : nature hybride d'un outil de l'État piloté par les acteurs économiques », *RJE* 2016/1, vol. 41, p. 105.
17. À savoir les unités de réduction des émissions (URES), les unités de réduction d'émissions certifiées (URces), les unités de réduction certifiées des émissions temporaires (URcet) et les unités de réduction certifiées des émissions durables (URced), toutes qualifiées de biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur, négociables, transmissibles par virement de compte à compte et conférant des droits identiques à leurs détenteurs (art. L. 229-22 I C. envir.), auxquelles s'ajoutent les unités de quantités attribuées (UQA) et les unités d'absorption (UA), dont le régime est identique (art. L. 229-24 C. envir.).
18. Sur la patrimonialité des droits à produire, v. M. Deffairi, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, préf. M. Deguerge, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc », t. 61, 2015, *passim* ; J.-V. Maublanc, *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, av.-propos J.-F. Lachaume, préf. P. Terneyre, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », t. 311, 2019, *passim*.
19. F.-G. Trébulle, « Les titres environnementaux », préc., spéc. p. 93. Dans le même sens, v. G.J. Martin, « Le développement des titres environnementaux : la nature dans le commerce ? », in B. Grimonprez (dir.), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2018, p. 125, spéc. p. 136. V. enfin P. Herbel et P. Kromarek, « Un exemple d'instrument économique de protection de l'environnement : la réduction des émissions de gaz à effet de serre », *D.* 2007, p. 963.
20. M. Teller, « Les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale », *Bull. Joly B.* n° 3, 1^{er} mai 2005, p. 211. V. également G. Parléani, « Marché et environnement », *Dr. envir.* 2005, n° 126, p. 52.
21. M. Moliner-Dubost, « Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives », *AJDA* 2005, p. 2141.
22. Comp. F.-G. Trébulle, « Environnement et droit des biens », in *Le droit et l'environnement*, Journ. nat. assoc. H. Capitant, t. XI, Dalloz, 2010, p. 85, spéc. p. 95, qui considère que l'expression est impropre en ce que « la pollution ne procède pas du quota, mais de l'activité qui est source de pollution ».
23. En ce sens, v. M. Teller, « Les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale », préc.

encore le cas du marché des quotas de pêche que connaissent certains pays scandinaves et qui aboutit à une concentration néfaste de ces quotas entre les mains de gros armateurs ou producteurs. L'existence d'un marché des droits à produire est ensuite passagère, les droits à produire n'étant bien souvent que temporaires : cela s'est vu avec les quotas laitiers et betteraviers et avec les autorisations de plantation et de replantation des vignes ; cela se verra avec les quotas d'émissions de gaz à effet de serre, les unités de réduction et les certificats d'économie d'énergie qui, à terme, ont vocation à disparaître. Loin d'être à contre-courant, la proposition de créer des quotas carbone individuels indisponibles semble donc être une manifestation d'un mouvement déjà engagé, et être parfaitement en phase avec ce phénomène croissant de « dépatrimonialisation » des droits à produire, particulièrement en matière environnementale, constatant une exclusion de ces droits de la sphère marchande et de la famille des biens. C'est ce qu'il convient de montrer, en vérifiant la « dépatrimonialisation » accomplie (I) pour anticiper celle à venir (II).

I. La « dépatrimonialisation » accomplie

6. La patrimonialité des droits d'exploitation, dont les droits à produire sont une espèce, a longtemps fait débat²⁴. Conferés par la puissance publique et prenant la forme d'un monopole sur l'exercice d'une activité contingentée consécutif à une interdiction préalablement édictée²⁵, ces droits ont souffert de leur nature principalement administrative qui interdisait naguère d'en faire commerce²⁶. S'il n'est guère plus contesté aujourd'hui que les autorisations administratives sont de véritables biens²⁷ (ainsi, par exemple, des « licences IV » de débits de boissons, des autorisations d'utilisation de fréquences radioélectriques, des autorisations de stationnement ou des autorisations d'occupation exclusive d'un marché d'intérêt national), encore s'agit-il de bien mesurer leur patrimonialité. Ces droits sont d'abord, par l'effet de leur rareté et de leur contingentement, dotés d'une valeur qui les situe dans la sphère des biens²⁸. Ces droits sont ensuite et partant susceptibles de faire l'objet de tout acte de nature patrimoniale, leur titulaire pouvant en faire commerce. À supposer que ces droits soient *exceptionnellement* exclus des échanges²⁹, ils n'en demeureraient pas moins

24. Sur la question, v. not. A. Bernard, « L'autorisation administrative et le contrat de droit privé », *RTD com.* 1987, p. 1, spéc. p. 3 ; P. Delvolvé, « La patrimonialité des actes administratifs : rapport de synthèse », *RFDA* 2009, p. 44.

25. En ce sens, v. J.-V. Maublanc, *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, op. cit., p. 2, n° 3, qui remarque que l'autorisation procède « d'un régime préventif érigeant l'interdiction en principe, la permission devenant l'exception ».

26. CE, 5 mai 1944, « Dame veuve Trompier Gravier », *Rec. CE* p. 133, considérant que le commerce des actes administratifs constituerait un « acte immoral sinon délictueux ». Sur cette hostilité à l'égard de la patrimonialité des autorisations administratives, v. J. Laulhé, « La vénalité des actes administratifs », *AJDA* 1961, p. 424.

27. D. Truchet, « État et marché », *APD, Droit et esthétique*, t. 40, Sirey, 1996, p. 315, spéc. p. 322 ; M. Mignot, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4(I), p. 1805, spéc. p. 1830-1831, n° 47-49 ; F. Bouyssou, « Les autorisations administratives, sources de propriété privée ? », in D. Tomasin (dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 157 ; F. Brenet, « La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications », *Dr. admin.* n° 8-9, août 2007, étude 14.

28. M. Cormier, « Fondements de la patrimonialité des actes administratifs », *RFDA* 2009, p. 1, spéc. p. 5, soulignant que « le mécanisme même des autorisations administratives implique la création d'une valeur ». Adde F. Batailler, « Les "beati possidentes" du droit administratif (Les actes unilatéraux créateurs de privilèges) », *RDP* 1965, p. 1051, spéc. p. 1055, remarquant que les actes administratifs ont toujours été considérés comme des objets de spéculation. V. égal. J.-V. Maublanc, *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, op. cit., p. 56-57, n° 88, qui écrit qu'« en soumettant une activité économique à autorisation préalable, l'État leur confère mécaniquement une utilité. Un droit exclusif est concédé au titulaire, lequel lui permet d'exercer, par dérogation au régime général d'interdiction, une activité lucrative ». V. enfin F. Paul, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 377, 2002, spéc. p. 235, n° 309, qui souligne qu'il est « difficile d'analyser le droit à produire autrement que comme un droit patrimonial [...] ». Il est vrai que cette situation peut sembler paradoxale dans la mesure où un droit à produire ne constitue qu'une limitation d'un droit naturel et fondamental à produire en quantité illimitée. Néanmoins, dans un système réglementé comme l'est celui de la production laitière, la liberté de produire en quantité illimitée n'existe pas. Elle n'est donc pas elle-même une source de valeur ».

29. Sur la compatibilité des notions de patrimonialité et d'indisponibilité, v. G. Sebban, *Le bien juridique : essai sur le système des droits patrimoniaux*, op. cit., n° 252.

des biens, en ceci qu'ils sont les principales sources de richesses de leur titulaire, étant la « condition juridique d'une activité économique »³⁰.

7. Si la patrimonialité de ces droits peut être attestée (encore que pour certains – comme les quotas de pêche –, cela ne se vérifie pas³¹), il ne faudrait toutefois pas la tenir pour inconditionnelle ou éternelle. La raison est essentiellement politique. Nés de la limitation d'une liberté, ces droits ont en effet vocation à disparaître sitôt la limitation supprimée et la liberté restaurée : le monopole disparaît par conséquent au profit de la liberté³². Ces droits sont donc des biens précaires, susceptibles de disparaître du jour au lendemain. C'est précisément ce qui arriva à certains droits à produire en matière agricole, dont la patrimonialité a été contestée, voire niée. Cette « dépatrimonialisation » a été explicite pour les quotas betteraviers et laitiers (A), et implicite pour les autorisations de plantation et de replantation de vignes (B).

A. La « dépatrimonialisation » explicite des quotas betteraviers et laitiers

8. Les anciens quotas betteraviers et laitiers, respectivement créés en 1968 et 1984 pour rationaliser la production et la commercialisation de sucre et de lait devenues excédentaires au sortir de la Seconde Guerre mondiale, sont des témoins tout choisis du phénomène de « dépatrimonialisation » amené à toucher plus largement l'ensemble des droits à produire. Initialement créés pour enrayer la surproduction de sucre et de lait et pour faire concorder l'offre et la demande, ces quotas ont tout bonnement fini par disparaître au 1^{er} avril 2015 pour les quotas laitiers et au 1^{er} octobre 2017 pour les quotas betteraviers, se trouvant remplacés par un système d'aides, les droits à paiement de base³³.

9. Avant leur suppression, ces droits à produire pouvaient être considérés comme patrimoniaux³⁴, en dépit de l'hostilité du législateur qui se montrait réticent à valoriser les exploitations agricoles³⁵, et de la Cour de cassation qui les voyait comme des autorisations administratives non négociables et donc incessibles, insuscep-

30. T. Soleilhac, « Vers une commercialité des autorisations administratives », *AJDA* 2007, p. 2178.

31. Suivant le modèle de certains pays, tels la Norvège, l'Islande, la Nouvelle-Zélande ou l'Australie qui admettent la cessibilité des quotas individuels de pêche, de nombreuses voix se sont fait entendre afin de reconnaître des quotas individuels transférables (C. Benjamin et H. Guyomard, « Analyse des modes de régulation publique des pêcheries : applicabilité d'un système de quotas individuels transférables à l'Union européenne », INRA, déc. 1996, spéc. p. 17 s. ; G. Buisson et M. Barnley (dir.), *Les quotas individuels de pêche transférables. Bilan et perspectives pour une gestion durable des ressources*, avr. 2007 ; M. Marcel-Pierre et P. Cléach, Rapport n° 132 (Sénat) et 1322 (Assemblée nationale) au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques, 11 déc. 2008, p. 109 et s. ; Ministère de l'agriculture, Rapport sur les quotas de pêche individuels transférables : analyse et propositions de modernisation du système français de gestion des quotas de pêche, oct. 2012 ; Autorité de la concurrence, Avis n° 15-A-19 relatif aux effets sur la concurrence du mécanisme de répartition des quotas de pêche en France, 16 déc. 2015). Il faut en effet remarquer qu'en France, les quotas de pêche sont incessibles, l'objectif défendu par le législateur étant d'assurer un égal accès à la ressource halieutique (art. L. 921-1 al. 2 *in fine* C. rur.). Dès lors, une fois le quota épuisé, il n'est plus possible d'exercer l'activité (art. R. 921-54 C. rur.). Il n'est toutefois pas souhaitable d'admettre la patrimonialité de ces quotas, pour deux raisons : l'épuisement des ressources sur une zone de pêcherie où un armateur aurait un important nombre de quotas ; une disparité des ressources sur le territoire selon les régions et fonction de la situation des plus gros armateurs ou producteurs. Sur la question, v. plus généralement M. Morin, « L'avis de l'Autorité de la concurrence sur le mécanisme de répartition des quotas de pêche en France », *Neptunus*, vol. 22, 2016/1 ; G. Proutière-Maulion, « Essai sur la nature juridique du quota de pêche, contribution à la notion juridique de bien », *Annuaire de droit maritime et océanique* n° 21, 1^{er} janvier 2003, p. 307. En littérature, le sujet est également abordé : A. Indridason, *Les roses de la nuit*, trad. E. Boury, éd. Métailié, 2019, p. 94-95.

32. Rappr. A. Bernard, « L'autorisation administrative et le contrat de droit privé », préc., spéc. p. 2-3, pour qui « l'autorisation, qu'elle se nomme permis, visa, licence ou agrément apparaît à la suite d'une interdiction générale posée par la loi. L'administration, après avoir constaté la conformité du projet à la politique poursuivie par les pouvoirs publics, permet à son titulaire d'ignorer, pour l'avenir, l'interdiction qui ne le concerne plus ».

33. Sur la question, v. G. Sebban, *Le bien juridique : essai sur le système des droits patrimoniaux*, op. cit., n° 479.

34. V. déjà L. Lovellec, « Quotas laitiers et exploitation agricole », *Dr. rur.* n° 138, 1985, p. 524.

35. B. Grimonprez, « La valorisation de l'exploitation agricole : totem et tabou », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 413, spéc. p. 413-414.

tibles de « faire l'objet d'une valorisation dans le cadre de la cession d'une exploitation agricole »³⁶. D'abord, par la loi, qui organisait le transfert des quantités de références laitières³⁷ : c'était là reconnaître leur disponibilité. Ensuite, par la Cour de cassation, qui a notamment validé le raisonnement d'une cour d'appel qui, au nom de la valeur patrimoniale des quotas betteraviers, avait condamné les bailleurs d'une exploitation agricole sur le fondement de l'enrichissement injustifié³⁸ : c'était cette fois-ci reconnaître leur valeur et leur importance dans la valorisation du fonds dont ces droits étaient les accessoires³⁹.

10. Comment pourtant expliquer que ces droits aient fini par disparaître ? La raison est politique : d'une politique de régulation, l'on est passé à une politique de gestion⁴⁰. La traduction en termes juridiques fut radicale : dès lors que le contingentement de la production et les limites à la commercialisation de sucre et de lait n'avaient plus lieu d'être, le maintien des quotas devenait injustifiable. Sitôt en effet que la *liberté* de produire se trouve affirmée, le *droit* à produire doit disparaître. L'on peut dire, ainsi, que la « dépatrimonialisation » explicite de ces droits et plus largement leur disparition étaient écrites dès leur genèse. Tel fut pareillement le sort des autorisations de plantation et de replantation de vignes.

B. La « dépatrimonialisation » implicite des autorisations de plantation et de replantation de vignes

11. C'est afin de mieux encadrer et valoriser le secteur viticole et afin de mieux organiser la production de vin sur le territoire que les autorisations de plantation sont apparues par décret en 1953⁴¹. Tout producteur devait, avant de planter une vigne, obtenir une telle autorisation auprès de FranceAgriMer, l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer.

12. Ce droit de planter des vignes apparaissait bien comme une exception à l'interdiction de planter librement, et même tel un droit patrimonial⁴², malgré l'hostilité de la Cour de cassation⁴³ et de l'article 35 du décret de 1953 qui considéraient que ces droits étaient incessibles et indissolublement attachés à l'exploitation. Quant aux autorisations de replantation, qui sont des droits de plantation nés de l'arrachage ou de la disparition d'une vigne existante, leur nature patrimoniale a ainsi été admise⁴⁴, tout particulièrement par l'article 4 du règlement n° 1493/1999 du 17 mai 1999⁴⁵. Il en est allé de même des autorisations de plantation. Les anciens articles R. 665-6 et R. 665-9 du Code rural préoyaient en effet que les titulaires d'autorisations de plantation pouvaient solliciter des droits de planta-

36. Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 10-17.851, *Bull. civ.* III, n° 156. Rendue à propos de quotas laitiers, la solution peut sans mal être étendue aux quotas betteraviers.

37. Art. D. 654-88-1 anc. et s. C. rur. Il était ainsi prévu, dans une sous-section du Code rural intitulée « Transfert des quantités de références laitières », qu'en cas notamment de vente, location, donation ou transmission de l'exploitation, la quantité de référence laitière se trouverait pareillement transférée au cessionnaire (Art. D. 654101 al. 1^{er} anc. C. rur.). De même, l'ancien article D. 654-111 I du Code rural autorisait le transfert, indépendamment des terres, des quantités de références laitières, dans le souci « d'améliorer de manière durable la structure des exploitations laitières ». Enfin était-il permis au ministre chargé de l'agriculture et au ministre chargé du budget, après avis de FranceAgriMer, de « déterminer pour chaque campagne les modalités d'application d'un dispositif de transfert de quantités de référence laitière sans terre entre producteurs », étant précisé que ces transferts s'opéraient « contre le paiement par les producteurs attributaires des références libérées » et contre une indemnité « versée aux producteurs cédant la quantité de référence dont ils [disposaient] » (art. D. 654-112-1 anc. C. rur.).

38. Civ. 3^e, 30 sept. 2015, n° 14-19.763, inédit.

39. Rapp. T. Revet, obs. sous Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2003, n° 02-14.958, *RTD civ.* 2003, p. 730.

40. P. Lambaré, « Quelles conditions d'accès au marché des éleveurs après les quotas laitiers ? », *Économie rurale* n° 364, avril-juin 2018, p. 55, spéc. n° 3.

41. Décret n° 53-977 du 30 septembre 1953. Art. D. 665-1 et s. C. rur. Sur la question, v. P. Pétel, « Les droits de plantation et le droit d'arracher la vigne », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 799.

42. E. Agostini et F. Roussel, « Les droits de replantation (à propos de l'arrêt Mazoyer) », *D.* 2001, p. 1813 ; F. Barthe, « De la terre à l'exploitation de la vigne », *Dr. rur.* n° 405, août 2012, dossier 24, spéc. n° 26.

43. Civ. 3^e, 29 mars 2000, n° 98-18.794, *Bull. civ.* III, n° 71, considérant que les droits de plantation et de replantation étant exclusivement attachés au fonds supportant l'exploitation viticole donnée à bail, ils ne constituent pas en eux-mêmes une amélioration culturale pouvant donner lieu à indemnité. V. également Civ. 3^e, 12 juill. 2000, n° 98-18.048, *Bull. civ.* III, n° 142 et Civ. 3^e, 24 mars 1999, n° 97-14.303, *Bull. civ.* III, n° 77.

44. S. Crevel et F. Roussel, « Entre droit des biens et droit des obligations, l'amphibologie des droits de replantation », *Dr. rur.* 1998, p. 591, spéc. p. 593.

45. V. déjà décret n° 64-453 du 26 mai 1964 et décret n° 87-128 du 25 février 1987.

tion auprès d'autres exploitations, dans les conditions prévues par le règlement européen n° 1234/2007 du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole, tout comme ils organisaient également les transferts de droits de replantation entre exploitations viticoles.

13. Une première étape vers la « dépatrimonialisation » de ces droits fut pourtant franchie à l'occasion de l'adoption du décret du 30 décembre 2015, marquant une rupture nette avec le système antérieur⁴⁶, dans l'objectif d'exclure tout « risque de spéculation »⁴⁷ autour de ces instruments et ce, jusqu'au 31 décembre 2030. Sauf quelques exceptions⁴⁸, le principe est aujourd'hui celui de l'incessibilité à titre onéreux de ces autorisations. Si cette incessibilité n'est pas absolue et ne suffit pas, *pour le moment*, à disqualifier ces droits à produire de la catégorie des biens⁴⁹, tout laisse penser que l'essentiel de leur « dépatrimonialisation » a déjà eu lieu de manière implicite. Le décret du 30 décembre 2015, en postulant l'incessibilité à titre onéreux de ces autorisations, a en effet dans le même temps considérablement assoupli les conditions nécessaires à l'obtention d'une autorisation de plantation, celle-ci étant depuis lors délivrée gratuitement par l'administration⁵⁰. L'état autour de la délivrance de nouvelles autorisations étant desserré, il n'y a ainsi plus lieu de contraindre les exploitants à se tourner vers le marché secondaire pour en obtenir, l'administration s'assurant dans le même temps de la qualité de la production viticole en gardant la mainmise sur la délivrance des autorisations⁵¹. Aussi n'est-il pas exclu de penser que la prochaine étape qui attend ces

droits à produire est, à l'image des quotas bétailiers et laitiers, leur suppression pure et simple.

14. Cette « dépatrimonialisation » accomplie de certains droits à produire, en dehors de la sphère environnementale, est un bon indicateur de l'avenir des droits à produire cette fois-ci en matière environnementale, dont le (futur ?) quota carbone individuel pourrait constituer un modèle intéressant.

II. La « dépatrimonialisation » à venir

15. Le phénomène de « dépatrimonialisation » des droits à produire a toutes les raisons de concerner la matière environnementale dans un futur proche. C'est peut-être même en ce domaine que la « dépatrimonialisation » produira ses effets les plus heureux. Le recours au marché dans le cadre de la protection de l'environnement montre en effet des limites de plus en plus dirimantes. Plus précisément, c'est l'idée même d'un marché de la nuisance environnementale qui pose problème, marché sur lequel l'on achèterait des unités de pollution ou d'atteinte à la biodiversité. S'il est impensable, aujourd'hui, de ne pas polluer ou de ne pas porter atteinte à la biodiversité, l'on peut toutefois se demander s'il faut encourager ces pratiques en ouvrant à des entreprises les portes d'un marché qui les entretiennent. Car le marché des titres environnementaux, qui repose sur l'internalisation des externalités négatives⁵², aboutit, en fin de compte, à chiffrer l'inchiffrable, à quantifier le coût d'une atteinte à l'environnement qui ne se mesure pourtant pas en termes économiques. Aussi n'est-il pas incongru de chercher à

46. J.-M. Bahans et M. Menjucq, « Des droits de plantation aux autorisations de plantation de vigne : continuité et discontinuité des politiques viticoles », *Dr. rur.* n° 445, août 2016, étude 27, spéc. n° 12 et 14.

47. Instr. Techn. n° DGPE/SDFE/2016-293 du 5 avril 2016 : DOMAAT n° 16 du 14 avril 2016.

48. Ainsi la commission communale d'aménagement foncier peut-elle procéder à la redistribution et à la cession des droits à la culture de la vigne au sein d'un même périmètre d'aménagement foncier agricole et forestier (art. L. 123-32 C. rur.), tout comme FranceAgriMer peut encore autoriser les transferts d'autorisations entre personnes physiques à l'occasion de l'ouverture d'une succession ou par donation, ou entre personnes morales à l'occasion de la fusion-absorption d'un producteur ou de la fusion de deux producteurs (Instr. Techn. n° DGPE/SDFE/2016293 du 5 avril 2016, n° NOR AGRT1608343C, prise en application du règlement n° 1308/2013 du 17 décembre 2013). Enfin, l'on relèvera qu'en cas d'échanges et cessions amiables d'immeubles ruraux, le transfert de propriété entraîne la cessibilité des autorisations de plantation, « même si le fonds transféré n'est pas planté en vigne au jour de l'échange » (art. L. 124-2 C. rur.).

49. G. Sebban, *Le bien juridique : essai sur le système des droits patrimoniaux*, op. cit., n° 489.

50. Règlement n° 1308/2013, considérant 56.

51. S. de Los Angeles, « La réforme des autorisations de plantation en dix questions », *Defrénois* n° 4, 28 févr. 2016, p. 186.

52. Sur la question v. R. Cornes et T. Sandler, *The Theory of Externalities, Public Goods, and Club Goods*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, *passim*.

enrayer, en amont, le marché des droits à produire en matière environnementale, comme l'ont proposé les députés à l'origine de la proposition de loi relative aux quotas carbone individuels. L'on s'en convaincra en observant que le marché des titres environnementaux présente des vicissitudes économiques (A) et produit des effets écologiques pervers (B).

A. Les vicissitudes économiques du marché des titres environnementaux

16. La patrimonialité des emblématiques droits à produire que sont les quotas d'émission de gaz à effet de serre, et dans une moindre mesure les certificats d'économie d'énergie et les unités de réduction, ne fait aujourd'hui aucun doute⁵³. D'aucuns l'avaient louée, remarquant que l'organisation d'un système d'échanges de ces droits⁵⁴ avait pour vertu d'inciter les entreprises à réduire leurs émissions en leur offrant la perspective de revendre à d'autres les quotas non utilisés⁵⁵. Véritable « ticket de rationnement »⁵⁶, le quota – et le droit qu'il génère – se donne à voir comme un objet d'échange. L'article L. 229-11, I du Code de l'environnement n'en fait pas mystère, qualifiant les quotas d'émission de gaz à effet de serre de « biens meubles [...] matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur » et « négociables, transmissibles par virement de compte à compte et [conférant] des droits identiques à leurs détenteurs »⁵⁷. L'existence de l'ancien marché « *Bluenext* » et des actuels marchés

du carbone « *European Energy Exchange* », « *Chicago Climate Exchange* » ou « Marché climatique de Montréal », suffit à se convaincre de la nature patrimoniale du quota. Mais ce système vit peut-être ses dernières années.

17. L'entrée en vigueur de la quatrième phase d'allocation des quotas d'émission de gaz à effet de serre pour la période 2021-2030, prévoyant à terme une réduction de 40 % des émissions de CO₂ dans l'Union Européenne⁵⁸, a vu le plafond des quotas alloués chuter de 21 % depuis la dernière phase, et plus particulièrement depuis janvier 2019 et la mise en place de la réserve de stabilité de marché, permettant d'adapter le volume de quotas proposés aux enchères. Depuis le début du mois de mai 2021, la tonne de CO₂ s'échange à plus de 50 € sur le marché secondaire, incitant les industriels les plus pollueurs à revoir leurs positions⁵⁹. Cette baisse grandissante de l'offre des quotas et l'augmentation conséquente des prix concordent d'ailleurs parfaitement avec la disparition progressive de l'allocation gratuite de quotas et la mise en place d'un système d'enchères, confirmées par la Directive du 14 mars 2018.

18. L'on pourrait se réjouir de ces mesures, et espérer que les entreprises préféreront diminuer leurs émissions plutôt qu'acquiescer à des prix plus élevés des quotas leur permettant d'émettre davantage⁶⁰. Croire dans les vertus du marché pour atteindre ce résultat est cependant double-

53. M. Moliner-Dubost, « Le système français d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre », *AJDA* 2004, p. 1132 ; H. de Gaudemar, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre », *RFDA* 2009, p. 25 ; Y. Jégouzo, « Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ? », *AJDA* 2004, p. 945 ; F. Brenet, « La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implication », préc. ; T. Bonneau, « Quotas de CO₂, biens et titres financiers », préc.

54. Rappelons en effet que l'instauration d'un quota, né de l'interdiction d'émettre librement des gaz à effet de serre (pour ne parler que des quotas d'émission de gaz à effet de serre), génère mécaniquement un droit d'émettre des gaz à effet de serre dans les limites du seuil. Surtout, le titulaire d'un quota peut, dans l'hypothèse où il n'aurait pas produit autant qu'il le pouvait, transférer à autrui sa marge restante, investissant ce dernier d'un droit à produire au-delà du seuil et donc un droit à produire de manière excédentaire.

55. T. Revet, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?) », préc.

56. F. Bouyssou, « Les autorisations administratives, sources de propriété privée ? », préc., spéc. n° 28.

57. Rapp. art. L. 221-8 C. énerg., s'agissant des certificats d'économies d'énergie, également qualifiés de « biens meubles négociables », pouvant être « détenus, acquis ou cédés ».

58. Directive 2018-410 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2018, modifiant la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans l'Union.

59. Ouest France, « Pollution. Les quotas carbone flambent et affolent les industriels les plus polluants », 18 mai 2021.

60. Rapp. F.-G. Trébulle, « Les titres environnementaux », préc., spéc. p. 207 : « afin de s'assurer que l'externalité, la nuisance, se voit reconnaître un coût, on peut délivrer moins de quotas qu'il n'est nécessaire pour maintenir les émissions antérieures et pénaliser les industriels qui émettent la substance encadrée sans disposer des titres nécessaires : ceux qui ne disposent pas des quotas nécessaires vont devoir se les procurer pour un prix d'autant plus élevé que leur rareté est constatée. On peut également, ce qui est en œuvre, associer à cette réduction des quantités émises sans pénalité, un prix d'allocation initiale des quotas et une élévation du montant des pénalités ».

ment déceptif⁶¹. Premièrement, le marché des quotas d'émission de gaz à effet de serre connaît des vicissitudes qui s'aggraveront nécessairement⁶², à mesure que la pression environnementale pèsera sur les épaules des États, sommés d'agir. La diminution du nombre de quotas alloués et mis aux enchères ainsi que le renforcement des sanctions auront pour conséquence de désintéresser les acquéreurs potentiels à se tourner vers le marché secondaire sur lequel les prix continueront de flamber. Deuxièmement, c'est l'existence même d'un marché du carbone qui est vouée à disparaître, l'urgence environnementale ne pouvant plus tolérer que l'on acquière des droits à polluer, même dans les limites d'un seuil. L'existence d'un tel marché entre en effet en totale contradiction avec les objectifs pris par nombre d'États de réduire drastiquement les émissions de CO₂ sur leur sol. Aussi n'est-il pas acceptable que l'on s'accommode hypocritement de ces objectifs. L'avenir du système des quotas, avant de disparaître à terme, devra ainsi nécessairement passer par une interdiction d'en faire commerce.

19. Le même constat peut être fait à l'endroit du marché des unités de compensation, dont l'existence induit des effets pervers.

B. Les effets écologiques pervers du marché des titres environnementaux

20. En vertu de l'article 4 de la Charte de l'environnement, « toute personne doit contribuer à la

réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement dans les conditions définies par la loi ». C'est le fameux principe du « pollueur-payeur », repris et détaillé par les articles L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement, et d'après lesquels toute personne doit prendre soin d'éviter ces dommages, de les réduire ou de les compenser, étant entendu que les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité « visent un objectif d'absence de perte nette, voire de gain de biodiversité »⁶³. C'est précisément pour accompagner le principe de compensation⁶⁴ que les unités de compensation, prévues aux articles L. 1631, II et L. 163-4 du Code de l'environnement, ont vu le jour⁶⁵.

21. Ces unités sont des titres qui, selon Monsieur Martin, représentant la « valeur écologique créée sur une certaine surface et pendant une certaine durée, au sein d'un site naturel de compensation. Ces "titres" seront vendus à des aménageurs ou des réalisateurs de travaux soumis à compensation et leur permettront ainsi d'exécuter l'obligation de compensation mise à leur charge par la loi et par la décision administrative qui les autorise, sous cette condition, à réaliser leur aménagement ou leurs travaux »⁶⁶. Les unités de compensation pourront par conséquent être acquises, sous l'égide de CDC Biodiversité (une filiale de la Caisse des dépôts et consignations), pour satisfaire à l'obligation de compensation, née de « l'impact de la réalisation de projets d'infrastructures sur l'environnement »⁶⁷.

61. Critiquant en outre la faible régulation du marché des quotas, v. G.J. Martin, « Le développement des titres environnementaux : la nature dans le commerce ? », préc., spéc. p. 135. Sur les paradoxes de la compensation carbone, v. Carbon Market Watch, « Marchés carbone agricoles. Compensation carbone : fausse solution pour un vrai problème ? », 24 nov. 2020.

62. J. Gadrey, « Sur la carte "carbone" individuelle », *Politis*, 9 sept. 2020.

63. Art. L. 163-1 I al. 2 C. env.

64. La compensation peut être définie comme « une transaction entre, d'un côté, des maîtres d'ouvrage (publics ou privés) devant s'acquitter d'une dette d'unités écologiques et, de l'autre, l'opération représentant une offre d'unités écologiques » (P. Steichen, « Le principe de compensation : un nouveau principe du droit de l'environnement ? », in C. Cans (dir.), *La responsabilité environnementale*, préf. G. Viney, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 143, spéc. p. 162).

65. La technique de la compensation prend également aujourd'hui des formes particulières. Depuis qu'elle est apparue en droit français en 2007, la fiducie est en effet de plus en plus mobilisée pour parvenir à cet objectif de compensation : le maître d'ouvrage sur qui pèse l'obligation de compenser confiera à un fiduciaire la gestion des opérations de compensation environnementale. Sur la question, v. déjà M.-J. Del Rey, *Droit des biens et droit de l'environnement*, th. Paris I, 2002, spéc. p. 227 et s. V. égal. Y. Zerrouk, « Gestion des sites et sols pollués et fiducie », *JCP N* n° 9, 28 févr. 2014, 1112 ; M. Mekki, « La gestion conventionnelle des risques liés aux sols et sites pollués à l'aune de la loi Alur », *JCP N* n° 27, 4 juill. 2014, 1239 ; B. Wertenschlag, B. Bacrot et J. Moreau, « La fiducie en matière environnementale », *AJDI* 2015, p. 748 ; T. Soleilhac, « La fiducie environnementale », *Environnement-Infrastr.* 2017, dossier 13.

66. G.J. Martin, « Les unités de compensation dans la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », préc., spéc. p. 47.

67. M. Deffairi, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, op. cit., p. 282, n° 443.

22. L'idée de créer un « marché de la compensation des atteintes aux milieux naturels »⁶⁸ n'est pas neuve. Il fut en effet proposé, dans un Livre vert européen de 2007, de créer des titres négociables répondant à cette fin⁶⁹. La loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a franchi le pas, faisant, comme le note Madame Hautereau-Boutonnet, « le pari de la protection de l'environnement par l'utilitarisme »⁷⁰. La création de tels titres pose néanmoins problème.

23. Il faut d'abord souligner un problème d'ordre écologique lié à l'idée même de compensation environnementale, que certains voient à juste titre d'un œil sceptique⁷¹ : la biodiversité n'est pas une chose fongible, et une compensation n'est jamais parfaite⁷². Comme le relève Monsieur Billet, un tel mécanisme aboutit ainsi nécessairement à nier les spécificités d'un espace ou d'une espèce donnée⁷³, « laissant craindre par exemple qu'un étang détruit en France puisse être compensé par la gestion d'un étang en Roumanie »⁷⁴. L'on peut encore craindre, par exemple, que la mesure de compensation décidée sur un site naturel de compensation ne soit pas totalement utile : ainsi de la similitude des mesures de compensation entre deux sites voisins ; ainsi encore d'un gain en biodiversité de la faune qui ne compenserait pas une perte corrélative en biodiversité de la flore. La biodiversité n'est pas un tout dont les composantes seraient interchangeables, et la préserver n'est pas une

affaire d'approximations ou de petits arrangements.

24. À cela s'ajoute un problème d'ordre éthique, encore souligné par Monsieur Billet. L'existence d'un marché des unités de compensation conduira ainsi certainement « les maîtres d'ouvrage à opter pour la solution de facilité des unités de biodiversité plutôt que de chercher à redéfinir le projet ou à prévenir et limiter les atteintes à l'environnement »⁷⁵. C'est précisément ce « sentiment de liberté »⁷⁶ qui, en l'occurrence, est critiquable. Le choix des mesures de compensation, mais encore la possibilité d'acquiescer des unités de biodiversité, sont des obstacles conséquents à la sauvegarde de la biodiversité. Une dette environnementale n'est pas une dette que l'on pourrait payer par tout moyen, et le passif environnemental un passif que l'on pourrait combler n'importe comment.

25. Aussi ne peut-on que souligner les « effets pervers » du marché d'échanges d'unités de compensation⁷⁷, qui admet volontiers le droit d'abîmer la biodiversité⁷⁸ sans « véritable régulation » de ces pratiques⁷⁹. Il est bon d'espérer que ce marché disparaisse avec les titres qui l'alimentent : la sauvegarde de la biodiversité le commande.

* *
*

26. La « dépatrimonialisation » des droits à produire est un phénomène déjà engagé. Tout laisse penser que ce phénomène s'accroîtra dans les

68. P. Billet, « "La nature n'a pas de prix. Vendons-la !" ». À propos des unités de biodiversité », *Environnement* n° 6, juin 2008, alerte 36, spéc. n° 2.

69. *Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes*, COM (2007) 140 final, 28 mars 2007, p. 15, point 4.3.

70. M. Hautereau-Boutonnet, « La reconquête de la biodiversité par la conquête du droit civil. À propos de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », *JCP G* n° 37, 12 sept. 2016, 948.

71. J. Untermaier, « De la compensation comme principe général de droit et de l'implantation de télésièges en site classé », *RJE* 1986, p. 381 : « compenser, c'est détruire en faisant semblant de protéger ».

72. M.-P. Camproux-Duffrène, « La création d'un marché d'unités de biodiversité est-elle possible ? », *RJE* n° 1, 2009, p. 69 ; P. Billet, « L'environnement dans la main bien visible du marché », *Environnement* n° 5, mai 2007, alerte 24.

73. P. Billet, « "La nature n'a pas de prix. Vendons-la !" ». À propos des unités de biodiversité », préc., spéc. n° 4.

74. *Ibid.*

75. *Ibid.*

76. A. Van Lang, « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », *RDI* 2016, p. 586, qui note que « le recours au procédé contractuel en matière environnementale se confirme. Le sentiment de liberté qui l'accompagne (libre choix entre délégation des mesures de compensation ou achat d'unités de compensation, libre choix de l'opération de compensation ou du site naturel de compensation...) est censé inciter le maître d'ouvrage à se plier plus volontiers à son obligation de compensation ».

77. G.J. Martin, « Les unités de compensation dans la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », préc., spéc. p. 52.

78. F.-G. Trébulle, « Le marché des unités de biodiversité, quelles perspectives ? », *Énergie-Environnement-Infrastr.* 2017, Dossier 12.

79. G.J. Martin, « Le développement des titres environnementaux : la nature dans le commerce ? », préc., spéc. p. 135-136.

décennies à venir, l'existence d'un marché de tels droits montrant des limites inconciliables avec les objectifs environnementaux de la France et la transition écologique déjà amorcée, que ce soit pour lutter, notamment, contre les émissions de gaz à effet de serre, ou pour lutter contre les atteintes à la biodiversité. La proposition de créer des quotas carbone individuels va dans le bon sens, serait-il radical. Son possible avènement en

droit français marquerait ainsi une avancée considérable pour la transition écologique, pouvant entraîner dans son sillage les nombreux droits à produire encore patrimoniaux. À tout le moins et en fin de compte, la création d'un tel système ne choquerait guère, d'abord en raison du mouvement déjà entamé en ce sens, ensuite en raison des objectifs que chaque État se donne désormais. C'est là l'essentiel.

Dossier

Le droit face aux défis de la transition écologique

Réflexions sur les garanties financières environnementales

Antoine Touzain

Docteur en droit

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Membre du Laboratoire de droit civil

Membre associé de l'IRDA

1. Droit public ou droit privé ? – Généralement rattaché au droit public¹, le droit de l'environnement s'est largement privatisé², ce dont témoigne l'adaptation du droit de la responsabilité à la question environnementale³ ou encore les réflexions relatives aux transformations du droit de propriété au regard des enjeux de la transition écologique⁴. En outre, le droit public de l'environnement, traditionnellement, a pu user de mécanismes qui pourraient *a priori* se rapprocher plutôt du droit privé. Un exemple parmi tant d'autres de la porosité de la *summa divisio* académique du droit français peut être

trouvé dans les garanties financières environnementales, prévues en matière d'installations classées.

2. Installations classées. – La police des installations classées est « une des plus anciennes réglementations du droit de l'environnement »⁵. Dès l'Ancien régime, les juges admirent ponctuellement, « et avec d'infinies précautions », la reconnaissance de certains préjudices environnementaux en matière de pollutions et nuisances⁶. Puis, l'accélération du développement industriel conduisit à une multiplication des plaintes du

1. Le droit de l'environnement est généralement enseigné par des publicistes, de même que les manuels de droit de l'environnement sont rattachés par les éditeurs aux collections de droit public. Il est à cet égard édifiant que soient créés des enseignements en « droit privé de l'environnement », moyen pour les privatistes de présenter leur propre approche de la matière. Pourtant, historiquement déjà, l'opposition ne doit pas être exagérée : c'est ainsi que les juges judiciaires, notamment *via* la théorie des troubles anormaux du voisinage (à partir de Civ., 27 nov. 1844, DP 1845. 1., p. 13), sanctionnerent parfois les comportements nuisibles à l'environnement (C. Jallamion, « Contribution à une histoire du droit privé de l'environnement : la lutte du juge judiciaire contre les pollutions et nuisances », *BDEI*, n° 19, 1^{er} févr. 2009).
2. V. par ex. G.J. Martin, « Rapport de synthèse », in M. Mekki (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, Droit(s) et développement durable, 2016, p. 221 et. s., spéc. p. 224.
3. V. par ex. A. Touzain, « La sanction civile », in A. Casado et F. Safi (dir.), *L'entreprise face aux défis environnementaux*, IRJS, à paraître, et les références citées ; v. not. M. Hautereau-Boutonnet, « Responsabilité civile environnementale », *Rép. civ.*, Dalloz, nov. 2019.
4. V. dernièrement V. Malabat et A. Zabalza (dir.), *La propriété au 21^e siècle, Un modèle ancestral toujours adapté aux grands enjeux de notre environnement ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2021.
5. M. Prieur et alii, *Droit de l'environnement*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2019, n° 963.
6. C. Jallamion, « Contribution à une histoire du droit privé de l'environnement : la lutte du juge judiciaire contre les pollutions et nuisances », préc.

voisinage, ce qui poussa le pouvoir napoléonien à intervenir par un décret du 15 octobre 1810, qui fut complété à la Restauration par une ordonnance royale du 14 janvier 1815 : il s'agissait déjà de soumettre à autorisation préalable et de classer les établissements dangereux, insalubres ou incommodes selon la gravité du danger, notamment afin d'éloigner les plus nocifs des habitations⁷.

Ce système fonctionna plus d'un siècle puis se vit substituer un régime foncièrement différent : conformément à l'esprit libéral de l'époque⁸, une loi du 19 décembre 1917 remplaça le régime d'autorisation par un régime déclaratif, avec, en contrepartie, un renforcement des sanctions. Ce système s'avéra largement inadapté, l'administration se refusant à réprimer les comportements nuisibles et procédant à des contrôles insuffisants⁹.

Malgré les limites de cette réglementation, son esprit perdura dans la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement (dont l'intitulé, ambitieux, marquait néanmoins un changement au moins théorique, la législation se focalisant désormais moins sur le voisinage que sur l'environnement lui-même¹⁰). Cette loi fut l'occasion d'étendre le champ d'application à toutes les pollutions privées et publiques et aux installations agricoles, de distinguer les installations soumises à autorisation ou à déclaration – distinction qui ne reflète plus totalement le droit positif, puisqu'il faut aussi désormais faire place aux installations soumises à enregistrement – et

de renforcer les sanctions pénales et administratives¹¹.

Depuis lors, le droit des installations classées s'est pulvérisé en de multiples statuts spéciaux : les carrières, les déchets, les risques technologiques ont par exemple bénéficié de leur propre texte¹², ce qui rend l'ensemble de la matière assez difficile à lire¹³. Le texte définitif de la loi Climat (transmis au Conseil constitutionnel à l'heure à laquelle ces lignes sont écrites), prévoit également une retouche des textes relatifs aux garanties financières en matière de travaux miniers¹⁴, ainsi que la consécration d'une nouvelle garantie financière exigée en cas de délivrance exceptionnelle d'un permis de construire dans les zones qui, en raison de la montée des eaux, sont exposées au recul du trait de côte¹⁵. Ce dernier texte montre l'appétence du législateur pour les garanties financières, qui purent être imposées à partir de 1992¹⁶ pour certaines installations classées.

Ce mille-feuille législatif subsiste malgré la codification opérée en 2000 et se reflète dans le Titre consacré aux installations classées pour la protection de l'environnement¹⁷. En effet, les « dispositions financières » font l'objet d'un chapitre VI inscrit après les « dispositions particulières à certaines installations classées » : formellement séparées des règles communes, elles ne sont pourtant pas rattachées aux régimes spéciaux.

3. Garanties financières. – Les garanties financières (qui peuvent prendre la forme d'une sûreté

7. *Ibid.*

8. Il n'est que de songer à la suppression de l'exigence d'autorisation préalable pour la constitution des sociétés anonymes à partir de la loi du 24 juill. 1867, ou encore au système déclaratif mis en place par la loi du 1^{er} juill. 1901 relative au contrat d'association.

9. M. Prieur et *alii*, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, n° 964.

10. M. Prieur, « Le nouveau régime des installations classées, continuité ou changement ? », *JCP* 1979. 2928, spéc. n° 7.

11. M. Prieur et *alii*, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, n° 966.

12. M. Prieur et *alii*, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, n° 967.

13. Pour une présentation générale de ce régime, v. M. Prieur et *alii*, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, n° 969 et s. (conditions d'application), n° 975 et s. (ouverture des installations), n° 984 et s. (évolutions et transformations des installations), n° 989 et s. (contrôles et sanctions) et n° 997 et s. (cessation de l'exploitation).

14. Projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, texte adopté n° 651 du 20 juill. 2021, art. 65 modifiant art. L. 162-2 C. minier.

15. Projet préc., art. 242 créant not. art. L. 121-22-5 II C. urba.

16. L. n° 92-646 du 13 juill. 1992 relative à l'élimination des déchets ainsi qu'aux installations classées pour la protection de l'environnement ; L. n° 93-3 du 4 janv. 1993 relative aux carrières, art. 2.

17. Titre I^{er} du Livre V (« Prévention des pollutions, des risques et des nuisances »).

personnelle, d'une consignation ou d'un fonds de garantie) sont exigées pour certaines installations classées, telles que les sites de stockage de déchets, les carrières ou les installations Seveso¹⁸. De manière générale, elles sont régies par les articles L. 516-1 et L. 516-2 du Code de l'environnement, complétés par les articles R. 516-1 et suivants.

L'article L. 516-1, alinéa 1^{er}, dispose ainsi que « la mise en activité, tant après l'autorisation initiale qu'après une autorisation de changement d'exploitant, des installations définies par décret en Conseil d'État présentant des risques importants de pollution ou d'accident, des carrières et des installations de stockage de déchets est subordonnée à la constitution de garanties financières ».

En première analyse, cette exigence pourrait sembler purement technique, voire administrative. Le fait qu'elle ne concerne que certaines activités jugées particulièrement dangereuses invite néanmoins à approfondir l'analyse. Pourquoi exiger des garanties financières ? Quelles garanties financières ? Quelle est leur efficacité ? Pour approfondir l'étude de ces mécanismes spécifiques, le plus simple est de distinguer, classiquement, leur qualification (I) et leur régime (II).

I. La qualification

4. Annonce. – Une certaine unité se révèle malgré l'apparente diversité des garanties financières prévues par le Code de l'environnement. Si le « comment ? » est divers, le « pourquoi ? » semble unique : la fin (A) justifie les moyens (B).

A. La fin

5. Texte. – L'article L. 516-1, alinéa 2, du Code de l'environnement précise que les garanties financières « sont destinées à assurer, suivant la nature des dangers ou inconvénients de chaque catégorie d'installations, la surveillance du site et le maintien en sécurité de l'installation, les interventions éventuelles en cas d'accident avant ou après la fermeture et la remise en état après fer-

meture » ; en revanche, poursuit le texte, « elles ne couvrent pas les indemnisations dues par l'exploitant aux tiers qui pourraient subir un préjudice par fait de pollution ou d'accident causé par l'installation ».

6. Finalité. – Ce texte vient donc préciser la finalité poursuivie par ces garanties. Positivement, il s'agit de garantir trois éléments : 1° l'absence de survenance d'un accident (par le financement de mesure de surveillance et de sécurité) ; 2° en cas d'accident, le cantonnement et l'arrêt des conséquences de celui-ci (par le financement d'interventions) ; 3° en cas de cessation de l'activité, la remise en état du site, ce qui permet une dépollution et l'assurance que des accidents ne surviennent pas après le départ de l'exploitant.

Négativement, il ne s'agit pas de réparer les préjudices subis par les tiers en cas de pollution ou d'accident : c'est là une différence notable avec les garanties financières professionnelles qui, si elles « sont bâties sur le même schéma »¹⁹, ont bien vocation à réparer les préjudices par les tiers, plus précisément par les clients du professionnel qui pourraient subir, à l'avenir, les conséquences d'un manquement de ce dernier à ses obligations professionnelles²⁰.

Dès lors, la finalité apparaît évidente : il s'agit de protéger l'environnement lui-même²¹. Il est donc étonnant et critiquable que de telles garanties financières ne soient prévues que ponctuellement. La protection de l'environnement justifierait d'étendre de telles garanties à toutes les installations classées, énoncées à l'article L. 511-1, alinéa 1^{er}, du Code de l'environnement, à savoir « les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations [...] qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et

18. V. la liste de l'art. R. 516-1 du C. envir., complétée par un arrêté du 31 mai 2012 : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000026052400/>.

19. S. Cabrillac, *Les garanties financières professionnelles*, Litec, coll. « Bibl. dr. entr. », t. 49, 2000, préf. Ph. Pétel, n° 88.

20. C'est pourquoi les garanties financières professionnelles ont pu être analysées sous le prisme de l'assurance pour le compte de qui il appartiendra (S. Cabrillac, *Les garanties financières professionnelles*, op. cit., n° 411 et s.).

21. Sur l'attributaire des fonds, v. *infra* n° 16.

des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique ».

B. Les moyens

7. Loi. – L'article L. 516-1, alinéa 3, du Code de l'environnement renvoie au pouvoir réglementaire la détermination de « la nature des garanties et les règles de fixation de leur montant ». En application de ce texte, une liste de garanties est prévue à l'article R. 516-2, I. Cinq garanties sont possibles.

Il est déjà possible de recourir à une sûreté personnelle : soit « l'engagement écrit d'un établissement de crédit, d'une société de financement, d'une entreprise d'assurance ou d'une société de caution mutuelle » (a), soit « l'engagement écrit, portant garantie autonome au sens de l'article 2321 du code civil » de la personne physique ou morale détenant « plus de la moitié du capital de l'exploitant » ou le contrôlant, sous réserve que le garant bénéficie d'une contre-garantie identique aux garanties qui seraient exigées de l'exploitant lui-même (e). Il faut noter la force de cette garantie : le tiers garant, qui fournit une sûreté personnelle, est particulièrement digne de confiance (puisqu'il s'agit nécessairement d'un établissement agréé), étant précisé que, s'il y a une interposition du majoritaire ou du contrôleur, cela suppose non seulement une contre-garantie équivalente, mais aussi que la personne interposée soit engagée par une garantie autonome, qui peut donc être appelée sans possibilité d'invoquer un quelconque caractère accessoire de la garantie²².

Il est également possible de recourir à « une consignation entre les mains de la Caisse des

dépôts et consignations ». Le mécanisme de la consignation est en effet parfaitement adapté, dès lors qu'il implique, dans une fonction de protection d'un droit potentiel²³ sur l'objet consigné, un entiercement et une affectation dudit objet à l'attributaire potentiel²⁴. Si la consignation peut être utilisée à fin libératoire, conservatoire ou de sûreté²⁵, il s'agit ici évidemment de la troisième hypothèse. L'exploitant devra alors remettre des fonds entre les mains d'un tiers, qui les gardera à disposition du bénéficiaire en cas de survenance de l'événement redouté : c'est donc une sûreté réelle²⁶.

Il est enfin envisageable de recourir à un fonds de garantie, qui peut être public pour le stockage des déchets²⁷ (c), ou privé dans les autres cas (d)²⁸. Ces fonds sont spécialement encadrés par arrêté²⁹. Ils sont gérés par une entreprise agréée pour une activité d'assurance, n'ont pas la personnalité morale et doivent à tout moment être engagés à hauteur du montant des garanties financières que doivent constituer leurs adhérents. Les fonds sont en outre soumis à une obligation d'établissement d'un rapport annuel transmis au ministre en charge des installations classées. Ce mécanisme, par certains aspects, est à mi-chemin des deux précédents, en ce que les cotisations des membres (qui se rapprochent de la consignation, puisqu'elles consistent en la remise d'une somme d'argent à un tiers) peuvent être complétées par le gestionnaire (qui est un tiers, ce qui rapproche la situation de celle d'une sûreté personnelle). En outre, une contre-garantie est prévue par l'arrêté : le gestionnaire du fonds est constitué caution solidaire des engagements du fonds et des adhérents.

22. Ce qui confirme qu'il n'y a pas d'interdiction de principe de faire souscrire des garanties autonomes à des personnes physiques, malgré l'hostilité que peut avoir par ailleurs le législateur à de telles hypothèses (L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, LGDJ, coll. « droit civil », 14^e éd., 2020, n° 216).

23. Le droit potentiel est le droit qui, au présent, existe de façon possible, par opposition au droit éventuel qui est subordonné à un événement futur (A. Touzain, *La consignation*, à paraître aux Éditions Panthéon-Assas, préf. C. Brenner, n° 121 et s.).

24. A. Touzain, *La consignation*, op. cit., Première partie.

25. A. Touzain, *La consignation*, op. cit., Seconde partie ; v. déjà G. Bonnant, *La consignation en droit civil suisse*, Genève, 1950, *passim*.

26. A. Touzain, *La consignation*, op. cit., n° 1171 et s.

27. Le fonds est alors géré par l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie.

28. Il s'agit donc de garanties de premier niveau, contrairement à de nombreux fonds de garantie qui ne sont prévus que comme substituts de responsables ou d'assureurs défaillants (sur lesquels v. J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 548, 2013, préf. Y. Lequette et Ch. Katzenmier, n° 203 et s.).

29. Arrêté du 5 févr. 2014 : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000028661621/2021-07-20/>

8. Contrat ? – Quoiqu'elle laisse aux opérateurs la liberté de choisir entre telle ou telle garantie³⁰, la liste de l'article R. 516-2 du Code de l'environnement est évidemment limitative. Pourtant, il est possible de s'interroger, lorsque le régime des installations classées pour la protection de l'environnement ne s'applique pas, sur la possibilité d'utiliser des sûretés construites sur mesure par les contractants. Existe-t-il une place pour la volonté individuelle en matière de garanties financières environnementales ?

La question mérite d'être posée au regard d'un intéressant arrêt rendu le 20 janvier dernier³¹. Au mépris du *numerus clausus* des sûretés réelles³², il n'est pas rare en pratique que le séquestre soit utilisé à fin de sûreté³³ : tel fut le cas en l'espèce, le vendeur et l'acheteur d'un terrain pollué par des produits radioactifs étant convenus de séquestre une partie du prix de vente pour garantir le paiement du prestataire de dépollution. Or, non seulement la validité de cette utilisation du séquestre ne fut pas remise en cause (alors que l'on peut douter que le séquestre puisse être utilisé à fin de sûreté, au regard du *numerus clausus* des sûretés réelles et de la difficile identification, en ce cas, d'un objet contentieux, le séquestre semblant être utilisé pour contourner les règles du gage³⁴), mais l'application du régime du séquestre s'avéra même parfaitement adéquate³⁵.

On le voit : les garanties financières environnementales présentent une grande diversité. Néanmoins, la finalité commune de protection de l'environnement justifie de retenir une qualification commune, qui n'est pas sans conséquences.

II. Le régime

9. Annonce. – Les textes du Code de l'environnement précisent le régime applicable aux garanties financières environnementales. Comme pour toutes les garanties, il s'agit d'anticiper la survenance d'un événement redouté : c'est pourquoi les règles posées encadrent, chronologiquement, la constitution (A) et le dénouement (B) de la garantie.

A. La constitution

10. Rôle de la volonté. – La constitution de la garantie financière environnementale mêle des éléments d'obligation et de volonté. Ce n'est en effet que ceux qui souhaitent exploiter une installation classée pour la protection de l'environnement (volonté) qui se trouvent assujettis à l'exigence de garantie (obligation)³⁶ dont ils choisissent la forme (volonté) parmi divers types de garanties imposées (obligation)³⁷.

Sur le premier aspect, les garanties financières ne divergent guère des sûretés habituelles. En effet, si les sûretés ont pour but immédiat de favoriser le créancier qui en bénéficie (en lui offrant un second patrimoine en garantie – sûreté personnelle – ou en lui conférant un droit prioritaire ou exclusif sur un bien – sûreté réelle –), elles sont constituées de manière à procurer du crédit au débiteur³⁸.

Néanmoins, alors que les sûretés ne sont en général exigées que pour des raisons économiques (l'achat d'un bien qui dépasse les moyens du débiteur, par exemple), les garanties financières environnementales sont rendues obligatoires par le choix d'une activité spécifique. En soi, cette exigence apparaît donc comme une

30. À cet égard, il est intéressant de noter que la nouvelle garantie financière consacrée par la loi Climat en matière de construction dans les zones exposées au recul du trait de côte (v. *supra* n° 2) ne peut consister qu'en une consignation. Pourquoi ne pas avoir laissé de liberté aux opérateurs ? Il s'agit sans doute d'une logique d'inscription dans le temps : dès lors qu'il faut anticiper les reculs de la côte à un horizon de cent ans, il est nécessaire que la garantie suive (ce qui pourrait expliquer que le nouvel art. L. 121-22-5 du Code de l'urbanisme prévoit en son al. 3 que, par dérogation à la déchéance trentenaire de l'art. L. 518-24 du Code monétaire et financier, le délai soit en ce cas porté à cent années, délai qui, en droit, évoque la perpétuité !); or, la consignation apparaît, dans l'esprit du législateur, comme la seule garantie susceptible de durer aussi longtemps.

31. Civ. 1^{re}, 20 janv. 2021, n° 19-18.567.

32. V. C. Gijsbers, « Défense d'un *numerus clausus* des sûretés réelles », in L. Andreu (dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, Institut universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2015, p. 233 et s. et les réf. citées.

33. V. par ex. S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque édition, coll. « Droit – Fiscalité », 2004, préf. A. Ghazi, n° 382 et s.

34. A. Touzain, *La consignation*, *op. cit.*, n° 1217 et s.

35. V. *infra* note 37.

36. Dès la mise en activité, l'exploitant doit en effet transmettre une attestation de garantie financière (art. R. 516-2 C. envir.).

37. Sur les types de garantie et la place de la volonté, v. *supra* n° 7-8.

38. L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 7.

limite à la liberté du commerce et de l'industrie, limite qui est justifiée par la poursuite d'un but de protection de l'environnement, qui relève de l'intérêt général. C'est également cette logique qui justifie que l'obligation soit sanctionnée d'une amende administrative, d'une consignation-sanction voire de poursuites pénales³⁹.

11. Montant de la garantie. – Quant au montant de la garantie exigée, l'article R. 516-2 du Code de l'environnement renvoie à l'arrêté d'autorisation d'exploitation (II) et prévoit simplement les opérations qui doivent être prises en considération dans le calcul de ce montant (IV). Un arrêté complémentaire peut également modifier le montant (art. R. 516-5, I) ou la forme (art. R. 516-5-2) de la garantie financière en cas de changement de circonstances. De même, le préfet peut demander une garantie additionnelle en cas de survenance d'une pollution accidentelle significative (art. R. 516-2, VI). Tout est donc fait pour assurer une assez grande adaptabilité de la garantie.

12. Durée de la garantie. – Quant à l'étendue de la garantie dans le temps, les textes sont tiraillés entre cette même logique d'adaptabilité et la nécessité de couvrir la totalité de la période d'exposition au risque. C'est ainsi que, pour éviter une durée trop courte, les garanties doivent être constituées pour une période minimale de deux ans (art. R. 516-2, V, al. 1^{er}), sauf à ce que l'autorisation d'exploiter soit donnée pour une période inférieure (al. 2). Surtout, le renouvellement est obligatoire dans les trois mois qui précèdent leur échéance, pour éviter un vide de garantie (al. 1^{er}).

13. Affectation. – Toutes ces précautions ne seraient toutefois pas efficaces si elles n'étaient doublées d'une véritable affectation de la garantie à la finalité de protection de l'environne-

ment⁴⁰. Or, à cet égard, la partie législative du Code de l'environnement précise que « les sommes versées au titre des garanties financières environnementales sont insaisissables, au sens de l'article L. 112-2 du Code des procédures civiles d'exécution, par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil »⁴¹. Il s'agit d'une règle de faveur particulière pour ces garanties, qui échappent aux créanciers de l'exploitant (y compris, au vu de la finalité de ces garanties, aux victimes d'éventuelles comportements fautifs de celui-ci).

Cette logique d'affectation dicte d'ailleurs la typologie des différentes garanties qui peuvent être mises en place. Les sûretés personnelles ne sont pas actionnables par d'autres créanciers de l'exploitant (et sont ici des sûretés d'une efficacité particulière au regard de la solvabilité renforcée des garants possibles). La consignation est en principe insaisissable car le blocage des fonds n'aurait guère de portée dans le cas contraire : techniquement, cela découle de la désappropriation qui, à notre sens, caractérise toute consignation⁴². Quant aux fonds de garantie, ils mêlent la technique de la garantie personnelle et celle de la consignation⁴³.

Cette affectation permet également d'assurer l'efficacité de la garantie au stade de son dénouement.

B. Le dénouement

14. Levée de la mesure. – Le dénouement « heureux » correspond au cas dans lequel l'obligation de fourniture d'une garantie financière environnementale est levée en raison de la cessation de l'activité sans pollution. L'art. R. 516-5, II, du Code de l'environnement permet ainsi la mainlevée (totale ou partielle) de la garantie lorsque le site a été remis en état (totalemment ou

39. Art. L. 516-1, al. 4 C. envir.

40. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation mérite d'être approuvée lorsqu'elle considère, dans le cadre d'une utilisation du séquestre conventionnel à fin de sûreté, que le retrait de la garantie suppose l'accord du tiers bénéficiaire (Civ. 1^{re}, 20 janv. 2021, n° 19-18.567, préc.). En effet, si l'art. 1960 du C. civ. prévoit la possibilité de mettre fin au séquestre « du consentement de toutes les parties intéressées », ce ne sont pas les parties au contrat de séquestre qui sont visées (comme le soutient L. Leveigneur, « Une qualification et un régime très largement compris, en l'absence de tout litige... », CCC avr. 2021, n° 54) mais les parties au « litige », donc les personnes qui sont susceptibles d'avoir des droits sur la chose séquestrée (P.-Y. Gautier, « Troplong triomphe encore (grâce à Cambacérès) : les « parties intéressées » par le contrat de séquestre », *RTD civ.* 2021, p. 438; A. Touzain, *La consignation, op. cit.*, n° 1117).

41. L'insaisissabilité a été ajoutée à l'occasion de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (art. 128).

42. A. Touzain, *La consignation, op. cit.*, n° 467 et s.

43. V. *supra* n° 7.

partiellement) ou lorsque l'activité a été arrêtée (totalement ou partiellement), la garantie pouvant être maintenue pour partie, la décision prise par le préfet devant prendre en considération les dangers ou inconvénients résiduels de l'installation. Pour s'assurer de la réalité de la disparition du risque, les maires des communes intéressées jouent un rôle consultatif, et le préfet peut demander une évaluation par un tiers aux frais de l'exploitant.

Il s'agit alors d'un cas dans lequel la garantie s'éteint par accessoire, en cas de disparition de la créance garantie. Ici, la créance existait potentiellement mais la probabilité de réalisation du risque étant tombée à néant, il n'y a plus de raison de maintenir la garantie.

15. Réalisation. – Le dénouement malheureux correspond à l'hypothèse dans laquelle la garantie doit être appelée. Or, selon l'article R. 516-3, I, du Code de l'environnement, le préfet peut appeler la garantie lorsque l'exploitant ne réalise pas les opérations de surveillance, intervention ou remise en état (donc en cas de réalisation du risque), mais aussi en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'égard de l'exploitant ou de disparition de l'exploitant personne morale ou de décès de l'exploitant personne physique⁴⁴.

Ces différentes hypothèses montrent l'efficacité que le pouvoir réglementaire a entendu conférer à ces garanties : notamment, il apparaît évident que seul le bénéficiaire de la garantie pourra obtenir le versement en cas de liquidation judiciaire. Qu'en est-il en revanche en cas de sauvegarde ou de redressement de l'exploitant ? Les textes n'en disent mot, ce qui implique que les garanties soient maintenues par principe ; en revanche, la finalité de protection de l'environne-

ment paraît commander que si l'exploitant en procédure collective venait à cesser d'exécuter ses obligations de surveillance, intervention ou remise en état du site, la garantie pourrait jouer.

Surtout, l'efficacité tient à la nature du droit du bénéficiaire : il s'agit en effet d'un droit exclusif, le bénéficiaire étant le seul à pouvoir exiger la mise en œuvre de la garantie personnelle ou la déconsignation des sommes à son profit.

16. Attributaire. – Demeure une dernière question théorique : qui est, précisément, le bénéficiaire de la garantie ? À lire l'article L. 516-1, al. 2, du Code de l'environnement, il semble que ce soit le site lui-même qui bénéficie de la garantie, afin que soit assurée sa remise en état ou sa protection : il ne s'agit en tout cas certainement pas de son exploitant, qui est justement astreint à la fourniture de la garantie. Dès lors, la garantie « environnementale » serait-elle celle qui bénéficierait à l'environnement lui-même, donnant argument aux défenseurs d'une attribution à l'environnement de la qualité de sujet de droit⁴⁵ ?

La difficulté est généralement contournée en doctrine qui voit dans l'état le véritable créancier⁴⁶ : « la constitution de garantie financière offre à l'administration la certitude de ne pas se trouver en face d'un débiteur insolvable »⁴⁷. Garant de l'intérêt général, c'est l'état qui soumet certaines installations classées à un régime d'autorisation préalable et qui impose la fourniture de certaines garanties financières (d'où le rôle important du préfet à tous les stades de la mise en œuvre de ces garanties). Mais l'État intervient-il alors en protection de ses propres intérêts, ou dans l'intérêt de l'environnement ? La question semble théoriquement insoluble, sans que cela ne soit critiquable : la finalité du texte est pragmatique et son but apparaît atteint.

44. L'appel de la contre-garantie en cas de défaillance de l'exploitant est quant à lui prévu par l'art. R. 516-3 II C. envir.

45. Un auteur, à propos des garanties environnementales, estime qu'il n'y a pas de créancier, « sauf à considérer que la société civile serait ce créancier, ce qui nous paraît audacieux, pour ne pas dire improbable » (B. Wertenschlag, « Pollution et garanties financières », *JCP E* 1995. I. 495, spéc. n° 17). Un autre auteur voit dans cette contrainte de remise en état non pas une obligation mais un « devoir individuel », sans sujet actif (P. Lequet, *L'ordre public environnemental et le contrat de droit privé*, th. dactyl., Université Paris-Saclay, 2019, n° 237).

46. En ce sens, S. Cabrillac, *Les garanties financières professionnelles*, op. cit., n° 89.

47. L. Lanoy, « Les obligations respectives lors de la mise en place de la garantie financière », *Gaz. Pal.* 1996. 1. doct. 420.

Dossier

Le droit face aux défis de la transition écologique

La Corporate sustainability

Jean-Baptiste Barbière

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas
Membre de l'IRDA Paris

1. Un air de déjà-vu. – La *Corporate Sustainability Reporting Directive* (Directive CSRD) est annoncée pour l'année prochaine. Cela interroge puisque l'expression *Corporate sustainability* n'est pas d'un usage courant dans le langage juridique français, même anglicisé. Certes, elle rappelle certaines autres expressions qui reviennent comme une rengaine dans le vocabulaire actuel : *Corporate social responsibility*, Responsabilité sociale (sociétale ?) et/ou environnementale des entreprises, *Environmental, social and corporate governance* (ESG), etc. L'ubiquité de ces expressions cache le flou qui les entoure. Le simple fait d'interroger leur signification véritable est l'aveu de ce que l'on doute de leur définition, outre qu'il expose au regard goguenard des chantes de ce nouveau « paradigme des entreprises »¹ qui voudrait que celles-ci ne recherchent pas uniquement le profit, mais se préoccupent également de la bonne gestion de leur « environnement » au sens large.

D'une intention louable est donc née une kyrielle d'expressions signifiant peu ou prou que les entreprises devraient *a minima* ne pas causer trop de torts à la Société – au sens large –, et *a maxima* se comporter en championnes de la cause environnementale. Tout le spectre des

comportements est donc représenté, allant du « *don't be evil* » de Google à la mission d'« améliorer la santé », « préserver la planète et renouveler ses ressources », « construire le futur avec ses équipes » et « promouvoir une croissance inclusive » de Danone². S'il est facile d'ironiser sur ce jargon, il faut néanmoins admettre qu'il est difficile de saisir par une seule et même expression un tel panel d'objectifs. Le flou se présente alors sans doute aussi comme une force permettant à chacun des acteurs de se retrouver dans tel terme ou autre, tout en indiquant nettement qu'il convient toujours davantage d'orienter les entreprises vers une conduite plus vertueuse.

2. Un mouvement inexorable. – L'intention sous-tendant ce « nouveau paradigme » a certes été vertement critiquée : il ne s'agirait que de la transposition d'un capitalisme nocif à des secteurs environnementaux, sans remise en question du modèle gouvernant les échanges marchands ; on n'y verrait que du « *greenwashing* », les entreprises s'abritant derrière de vagues promesses pour mieux persévérer dans leurs attitudes délétères ou bien profitant de la confusion pour gonfler leurs marges³ ; plus techniquement,

1. V. sur ce thème A. Couret, « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du code civil ? », *D.* 2017, p. 222 ; égal. B. François, « Bilan des assemblées générales 2019 des sociétés du CAC 40 », *Rev. sociétés* 2019, p. 647, qui définit ce paradigme comme celui de « l'entreprise "contributive" ».

2. Objectifs sociaux et environnementaux « en phase avec la raison d'être » de Danone.

3. L'un des objectifs majeurs du Règlement Taxonomie (n° 2020/852) est justement de combattre ce *greenwashing*.

la substance même de certains droits serait altérée, le droit des sociétés en particulier perdant ses repères pour devenir un droit sanctionnateur du comportement des entreprises⁴; cela traduirait enfin la faiblesse des États à promouvoir l'intérêt public, préférant déléguer cette tâche aux acteurs privés⁵.

Toutes ces critiques sont plus ou moins justifiées, en ce que la diversité des modèles entrepreneuriaux et l'intérêt variable que prêtent les entreprises à ces nouvelles considérations rendent difficile toute affirmation générale. Néanmoins, quel que soit le bien-fondé de ces objections, le train est en marche et il semble difficile de l'arrêter⁶. Car il s'agit véritablement d'un train. Le site internet du Parlement européen fait en cela référence au « train législatif » du *European green deal* en illustrant la métaphore par un train stylisé indiquant quelles mesures seraient « à l'arrêt », « sur le départ », « attendues à l'arrivée » ou bien auraient « déraillé »⁷. Parmi ces mesures, la Directive CSRD serait « sur le départ » et devrait être adoptée durant le premier semestre de l'année 2022. Cet *European green deal*, ou « Pacte vert pour l'Europe », « vise à transformer l'UE en une société juste et prospère, dotée d'une économie moderne, efficace dans l'utilisation des ressources et compétitive, caractérisée par l'absence d'émission nette de gaz à effet de serre d'ici 2050 et dans laquelle la croissance économique sera dissociée de l'utilisation des ressources »⁸. Bref, la Directive CSRD serait l'un des

instruments de la transition écologique, mais ce ne serait pas le seul.

3. La place européenne de la Directive CSRD. – La Directive CSRD ferait donc partie de ce Pacte vert, qui fait feu de tout bois. Elle côtoie ainsi des dispositions sur les émissions des véhicules individuels, les batteries, l'aquaculture, les éoliennes marines, les OGM ou le traitement des déchets nucléaires. Plus spécifiquement, la Directive CSRD est intégrée dans le « *Sustainable finance package* » permettant de mettre en place un « écosystème favorable de finance durable » qui « s'inscrit dans le cadre d'une stratégie plus large visant à obtenir le changement voulu et à garantir une transition juste pour atteindre nos objectifs de durabilité »⁹. La Directive CSRD est accompagnée dans ce « *package* » d'actes délégués sur le Règlement Taxonomie et sur diverses activités d'investissement.

Cette Directive n'est pas non plus à confondre avec l'initiative du Parlement européen visant à faire adopter un acte sur le devoir de vigilance des entreprises¹⁰. Cette notion serait plus ou moins l'adaptation du devoir de vigilance tel qu'on le connaît en France depuis la loi du 27 mars 2017¹¹. Il s'agirait alors de faire peser sur les têtes de groupes une obligation de vigilance « à l'égard de la chaîne de valeur des entreprises qui relèvent de son champ d'application, à savoir prendre toutes les mesures proportionnées et adéquates et déployer des efforts, dans la mesure de leurs moyens, pour empêcher que des incidences négatives sur les droits de l'homme, l'en-

4. V. sur ce sujet notre thèse J.-B. Barbieri, *L'Ordre sociétaire*, LDGJ, 2021, préf. A. Gaudemet.

5. Marie-Anne Frison-Roche le résume parfaitement : « par cynisme, ou par réalisme, ou par pragmatisme, les États ont émis un "dont acte" définitif à leur impuissance à atteindre des buts, comme la lutte efficace contre la corruption, le trafic d'armes ou le terrorisme. [...] les autorités publiques ont donc imposé à toutes les entreprises qui sont en position de puissance l'obligation d'atteindre des buts de sécurité au bénéfice du groupe social dont l'État est chargé », M.-A. Frison-Roche, « Compliance : avant, maintenant, après », in N. Borgia, J.-C. Marin et J.-C. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, 2018, p. 23.

6. Bien que certaines voix restent discordantes, concernant la Directive CSRD v. P.-H. Conac, « Les réponses à la Consultation publique sur la révision de la directive extra-financière révèlent un consensus moins large qu'il n'y paraît », *Rev. sociétés* 2020, p. 578.

7. <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-european-green-deal/>

8. Communication de la Commission, « Le Pacte vert pour l'Europe », Com 2019(640), 11 déc. 2019.

9. Communication de la Commission, « Taxinomie de l'UE, publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, préférences en matière de durabilité et devoirs fiduciaires : orienter la finance dans le sens du pacte vert pour l'Europe », Com 2021(188), 21 avr. 2021.

10. Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, 2020/2129. V. B. Lecourt, « Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés », *Rev. sociétés* 2021, p. 335.

11. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

vironnement et la bonne gouvernance se produisent dans leurs chaînes de valeur, et pour traiter correctement ces incidences négatives lorsqu'elles se produisent »¹².

Parmi tous ces mouvements, la proposition de Directive CSRD, ne serait-ce que parce qu'elle remet au goût du jour l'expression de *Corporate sustainability*, occupe une place à part dans ces dispositifs.

4. Étude de la notion de *Corporate sustainability*. – Ce qui conduit ici à étudier si, et dans quelle mesure, la notion même de *Corporate sustainability*, telle qu'annoncée par la proposition de Directive, présente un intérêt propre. Il n'est pas question de remettre en cause la nécessité d'une intégration de principes environnementaux dans le droit des affaires, ni de prôner l'antinomie de ces deux mondes. Quoi que l'on puisse penser de cette intégration, la responsabilité sociale et environnementale est bien devenue une nouvelle norme du droit de l'entreprise¹³. La proposition de Directive CSRD, bien qu'elle puisse laisser penser *a priori* qu'elle n'est qu'une pierre de plus relative aux informations extra-financières, a, en définitive, plus de portée que cela. Elle correspond en effet à l'émergence, voire à la résurgence, d'une véritable notion de *Corporate sustainability* (I). Bien qu'une telle notion ait désormais une existence propre, sa traduction sociétariaire ne fait que confirmer des mouvements existants (II).

I. L'émergence de la notion de *Corporate sustainability*

5. Plan. À vrai dire, si l'intitulé de la proposition de Directive peut semer le doute quant à l'existence même d'une véritable notion de *Corporate sustainability* (A), une approche historique contribue à confirmer cette existence (B).

A. Le doute portant sur l'existence de la notion de *Corporate sustainability*

6. *Corporate sustainability* ou *Sustainability reporting* ? – À la lecture de la Directive CSRD,

il n'est pas certain qu'elle consacre une notion. En effet, le terme *sustainability* (que l'on traduira pour le moment par durabilité) peut tout à fait renvoyer tant au terme qui le suit, à savoir *reporting*, qu'au terme qui le précède, *corporate*. Il faudrait donc publier soit des informations quant à la durabilité, dans un contexte sociétariaire (*corporate sustainability reporting*), soit des informations sur la durabilité sociétariaire (*corporate sustainability reporting*).

La première acception n'est alors pas d'un grand intérêt. Elle revient à exprimer que les sociétés doivent publier des informations non financières tenant à leur impact environnemental dans leurs documents financiers. Tel est déjà le cas en France depuis la loi NRE de 2001. Ces obligations trouvent maintenant une source européenne, surtout depuis les directives n^{os} 2013/34 et 2014/95 qui imposent aux plus grosses sociétés de publier des informations extra-financières (grosso modo environnementales et sociales) dans leur rapport de gestion, voire dans une déclaration de performance extra-financière. Cette acception est néanmoins accréditée par le fait que la Directive CSRD vient modifier la Directive n^o 2013/34 en élargissant le spectre de ces obligations. En cela, la nouvelle Directive ne viendrait pas consacrer la notion de *Corporate sustainability* et serait uniquement centrée sur les informations environnementales dues par les sociétés. De surcroît, l'expression *Corporate sustainability reporting* est, dans la proposition de Directive, traduite par « informations en matière de durabilité **par** les entreprises ».

Pour autant, la traduction de la proposition de Directive fait également mention de « durabilité **des** entreprises »¹⁴ et d'efforts des « entreprises pour garantir la durabilité de leurs modèles économiques et de leurs activités »¹⁵. Il est aussi fait référence au Programme de développement durable à l'horizon 2030 de l'Assemblée générale des Nations unies qui fait état des « trois dimensions de la durabilité : économique, sociale et environnementale »¹⁶. Enfin, il est bien précisé

12. Art. 1 de la Résolution du Parlement européen précitée.

13. Parmi une littérature pléthorique, on pourra se référer à R. Family, « La responsabilité sociétariaire de l'entreprise : du concept à la norme », D. 2013, p. 1558.

14. Traduit de « *corporate sustainability information* », cons. n^o 9.

15. Traduit de « *the efforts of undertakings to ensure that their business models and activities are sustainable* », cons. n^o 12.

16. Cons. n^o 5.

que le changement de terminologie des informations « non financières » vers « durables » est nécessaire car certaines parties prenantes ont signalé que le terme « "non financier" est inexact, notamment parce qu'il implique que les informations en question sont dénuées de pertinence financière. Toutefois, les informations en question sont de plus en plus importantes sur le plan financier. »

Dès lors, on constate un glissement entre la simple publication des entreprises sur la durabilité de leurs activités de manière externe (mon activité pollue-t-elle tellement qu'elle en devient insoutenable ?) et la publication d'informations sur la durabilité de leurs activités de manière interne (mon activité fait-elle que mon entreprise est durable ?). Ce glissement est au demeurant accentué par le fait que ces informations sont publiées dans des rapports de *gestion* et des déclarations de *performance*. La *Corporate sustainability* concernerait donc bien, au moins en partie, la durabilité de l'entreprise. Cela étant dit, le terme de *corporate sustainability* bénéficierait d'une définition propre bien avant la proposition de Directive.

B. Le développement historique de la notion de Corporate sustainability

7. L'émergence de l'expression dans son sens premier : la relation au développement durable. – L'expression de *Corporate sustainability* semble être apparue dans les années 2000, à la suite notamment¹⁷ d'un article assez critique publié en 2007¹⁸. On y retrouve un certain nombre de formulations par lesquelles sont souvent introduites les obligations environnementales pesant sur les entreprises : « si l'on veut

promouvoir un modèle qui ne soit plus insoutenable, il n'est pas vraiment évident de commencer par les entreprises »¹⁹. Il n'est alors pas fait tellement de différence entre la notion de *corporate sustainability* et d'autres telles que celle (rare) d'« *eco-efficiency* » et de *social responsibility*. L'accent est mis sur les obligations de *reporting* des entreprises (dénotant de manière intéressante que les rapports présentent une qualité « presque universellement sans intérêt »²⁰). Le terme de *sustainability* est ici utilisé par rapprochement avec *sustainable development* – développement durable²¹ – qui avait commencé à émerger à la fin des années 1980, progressé dans les années 1990, et qui avait été défini par la Commission Brundtland en 1987 comme celui qui « satisfait les besoins présents sans compromettre la capacité des générations futures d'assurer leurs propres besoins »²². La question centrale était de savoir si les entreprises s'inscrivaient en faux de cette assertion ou si elles pouvaient contribuer à assurer ce développement durable. En somme, cela renvoyait à la thématique classique de la responsabilité sociétale des entreprises et de la possible intégration des considérations sociales et environnementales dans un monde lié au lucre. De la même manière, le rapport KPMG de 2002 fait état de la nécessité de passer d'un rapport sur les considérations de santé, la sécurité et l'environnement (*Health, Safety, Environment, HSE*)²³ à un rapport intégrant des considérations sociales et de durabilité (*Social, Sustainability*), en les regroupant sous le vocable de *Corporate sustainability*. Néanmoins, il s'agit toujours ici d'étendre et d'ajouter des domaines au reporting des entreprises²⁴.

17. Certains rapports emploient l'expression de *corporate sustainability* avant cet article : *KPMG International Survey of Corporate Sustainability Reporting 2002*. Mais par exemple, les lignes directrices du *Global reporting initiative* ne la mentionnent qu'une seule fois (*Global reporting initiative, Sustainability reporting guidelines, 2002, p. 3*).

18. G. Rob et J. Bebbington, « Corporate sustainability : Accountability and the Pursuit of the Impossible Dream », in S. Dietz et E. Neumayer (dir.), *Handbook of Sustainable Development*, Edward Elgar Publishing, 2007, Ch. 23.

19. « *If one were seeking to move away from un-sustainability, it is not so very obvious that the corporation would be the place to start* », *ibid.*, p. 3.

20. « *The quality of the reports is almost universally trivial* », *ibid.*, p. 16.

21. La traduction n'est pas exempte de critiques, v. notamment M.-J. Del Rey, « "Développement durable" : l'incontournable hérésie », *D.* 2010, p. 1493.

22. « *Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own need* » (WECD, Report of the World Commission on Environment and Development : Our Common Future, 2007, spéc. p. 41).

23. *KPMG International Survey of Corporate Sustainability Reporting 2002, p. 7*.

24. Pour une description plus détaillée de cette évolution, v. M. Milne et R. Gray, « *W(h)ither Ecology? The Triple Bottom Line, the Global Reporting Initiative* », *Journal of Business Ethics*, juin 2013, p. 13.

8. Le sens second de l'expression : la durabilité de l'entreprise.

– La transparence instaurée par ces obligations n'a pas une vocation purement altruiste, puisque John Elkington avait déjà montré dans les années 1990 qu'en prenant en compte la *triple bottom line*, c'est-à-dire le social, l'environnemental et le financier dans ses obligations comptables, une entreprise aurait un développement plus profitable²⁵. De plus en plus d'auteurs développaient cette idée que le management devrait avoir à cœur la « durabilité », et qu'il ne fallait ni adopter un modèle « techno-centrique », ni « éco-centrique » (au sens d'écologique), mais plutôt centré sur la durabilité (« *Sustaincentric* »), qui serait une synthèse entre ces deux extrêmes²⁶. En conséquence, la *Corporate sustainability* est définie en 2002 comme celle qui « remplit les besoins des parties prenantes directes et indirectes de l'entreprises (associés, salariés, clients, activistes, etc.), sans compromettre sa capacité à assurer les besoins des futures parties prenantes »²⁷. On reconnaît ici *mutatis mutandis* la définition du développement durable ; assurer les besoins présents comme futurs.

Cette définition est intéressante en ce qu'elle adopte le point de vue de l'entreprise. Il ne s'agit pas de vérifier, de l'extérieur, si les actions d'une entreprise sont bien en accord avec des préoccupations environnementales et sociales, mais d'adopter un modèle qui permette une durabilité intrinsèque de l'entreprise. Ce n'est donc plus l'entreprise qui doit se conformer au développement durable, mais bien le développement de l'entreprise lui-même qui doit être durable. On retrouve cette vision de la *Corporate sustainabi-*

lity dans un rapport de l'ONU de 2010 le, difficilement traduisible, « *Blueprint for corporate sustainability leadership* ». Ce rapport visait à encourager celles des entreprises qui se situeraient au bas de la « *sustainability pyramid* »²⁸ à adopter des comportements plus en phase avec l'objectif de *sustainability*. Si l'on peut dire sans ambages que le rapport est particulièrement jargonant, il a au moins le mérite de définir la *Corporate sustainability* comme « *a company's delivery of long-term value in financial, social, environmental and ethical terms* »²⁹. En résumé, est visée la pérennité du modèle commercial de l'entreprise, abordé également sous ses aspects environnementaux, sociétaux et moraux.

À partir de là, certains auteurs distinguent nettement *Sustainable development*, *Sustainability* et *Corporate sustainability*. Cette dernière expression viserait à « inclure des considérations environnementales dans les opérations industrielles »³⁰, tandis que dans la simple *Sustainability*, le modèle économique serait focalisé sur la préservation écologique et que le *Sustainable development* serait une politique publique³¹. Il conviendrait également, selon les mêmes auteurs, de placer sur un plan différent la *Corporate social responsibility* qui serait un mode de régulation des entreprises³², quand bien même d'autres auteurs observent une convergence entre ces notions³³.

9. Développement, puis reflux de l'expression.

– Il n'en demeure pas moins que le terme *sustainability* a connu un développement assez net jusqu'au milieu des années 2010. La notion de durabilité, quant à elle, a été reconnue plus tardivement en France que dans les milieux

25. J. Elkington, *Cannibals with forks : the triple bottom line of 21st century business*, New Society Publishers, 1998.

26. T.N. Gladwin, J.J. Kennelly and T.-S. Krause, « Shifting Paradigms for Sustainable Development : Implications for Management Theory and Research », *The Academy of Management Review*, vol. 20, oct. 1995, p. 874, spéc. p. 880 et s.

27. « *corporate sustainability can accordingly be defined as meeting the needs of a firm's direct and indirect stakeholders (such as shareholders, employees, clients, pressure groups, communities, etc.), without compromising its ability to meet the needs of future stakeholders as well* », T. Dyllick et K. Hockerts, « Beyond the Business Case for Corporate Sustainability », *Business Strategy and the Environment*, mars 2002, p. 130, spéc. p. 131.

28. ONU, *Blueprint for corporate sustainability leadership*, 2010, p. 1.

29. *Ibid.*, p. 5.

30. « Include environmental concerns in industrial operations » (B. Sheehy et F. Farneti, « Corporate Social Responsibility, Sustainability, Sustainable Development and Corporate Sustainability : What Is the Difference, and Does It Matter? », *Sustainability*, 2021, 13, 5965, spéc. p. 13.)

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. I. Montiel, « Corporate social responsibility and corporate sustainability : Separate pasts, common futures », *Organization and Environment*, 2008, 21, p. 245.

anglo-saxons³⁴, mais n'est plus véritablement utilisée à l'heure actuelle. On peut alors émettre l'hypothèse que, si la notion de *Corporate sustainability* n'a pas franchement d'assise dans le vocable juridique français, c'est qu'elle s'y confond avec le concept de responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise. Ce concept lui serait préféré peut-être parce que le terme de durabilité sociétale paraît probablement dur à l'oreille et semble prendre appui sur des concepts plus « durs » ou moins évanescents que celui de responsabilité sociétale, qui était assez peu normative³⁵.

Peut-être, et surtout, responsabilité sociale et environnementale et *Corporate sustainability* doivent-ils être englobés au sein d'un même ensemble : l'extra-financier. Dans la mesure où les obligations pesant sur les entreprises en matière sociale et environnementale sont majoritairement des obligations de *reporting*, l'expression de « *reporting* extra-financier » inclut dans le même bloc toutes ces obligations diffuses³⁶. La lettre même de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce corrobore aussi cette analyse, en ce qu'il dispose que « la déclaration comprend notamment des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable ». Dans le même sens, l'article R. 225-105 du même Code prévoit que le rapport de gestion, quand il comporte des informations non financières, doit indiquer « l'utilisation durable des ressources » et « les engagements sociétaux en faveur du développement durable ». La durabilité est alors vue comme externe à l'entreprise et

se rapporte davantage à la première vision de la *Corporate sustainability* qu'à la seconde³⁷.

10. Résurgence actuelle de la notion de durabilité. – La prise en compte par l'entreprise des enjeux sociétaux et environnementaux a accéléré ces dernières années, à travers notamment leur consécration dans le Code civil à l'occasion de la loi *Pacte*. L'intégration plus poussée de ces enjeux dans le droit de l'entreprise a vraisemblablement abouti à ce que la notion de durabilité fasse son retour dans son second sens : il appartient à l'entreprise d'être durable. De plus, les termes de responsabilité sociétale et environnementale ne sont selon toute évidence plus le tigre de papier qu'ils étaient auparavant, comme en témoignent de multiples exemples : intégration du préjudice environnemental dans le Code civil³⁸, développement du devoir de vigilance des entreprises³⁹, déploiement d'une politique jurisprudentielle de la Chambre sociale visant à ce que les entreprises mères prennent en compte les intérêts des salariés de leurs filiales⁴⁰, condamnation de la société Shell par un tribunal néerlandais⁴¹ ou de l'État français par le Conseil d'État⁴² pour l'insuffisance de leur action climatique, etc. Par contraste, la *Corporate sustainability* paraît sans doute moins « dure » que la responsabilité sociétale et environnementale telle qu'on l'appréhende désormais.

À cela s'ajoute que le terme *sustainability* est lui-même employé de plus en plus fréquemment, comme dans les *sustainability agreements*, lesquels sont des accords entre plusieurs entreprises qui pourraient tomber sous le coup de la prohibition des ententes, mais seraient exemptés car visant à promouvoir des objectifs de *sustainabi-*

34. V. sur ce développement not. F.G. Trébulle, « Vous avez dit "durable" ? », *Bull. Joly S.* 2008, p. 272. Adde. F.-X. Lucas, « Développement durable et droit des sociétés... », *Bull. Joly S.* 2008, p. 267.

35. R. Family, « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme », préc.

36. V. en ce sens I. Parachkévova, « D'un reporting l'autre : où va l'entreprise ? », *Bull. Joly S.* 2017, p. 585.

37. Même s'il est exact que l'art. R. 225-105 du Code de commerce précise que les engagements sociétaux en faveur du développement durable englobent les relations avec les parties prenantes de l'entreprise, ce qui fait également penser à un souci de développer la durabilité « interne ».

38. Par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

39. Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. On constate que plusieurs pays intègrent dorénavant une telle obligation dans leur droit interne, ainsi l'Allemagne a récemment adopté une loi en ce sens.

40. Notamment à la suite de l'arrêt *Lee Cooper* : Soc., 24 mai 2018, n° 16-22.881, *Lee Cooper France*, *Bull. Joly S.* 2018, p. 522, note E. Mouial-Bassilana ; *JCP S* 2018. 167, obs. G. Loiseau ; *JCP S* 2018. 1252, ét. Y. Pagnerre ; *Rev. sociétés* 2018, p. 604, note A. Couret.

41. Cour de District de La Haye, 26 mai 2021, n° C/09/571932 / HA ZA 19-379.

42. Récemment, CE, 4 août 2021, n° 428409.

lity⁴³. Il est à noter que ces *sustainability agreements* doivent entraîner des gains d'efficacité (*efficiency gains*) dont une partie doit profiter au consommateur, comme le précise le régulateur néerlandais⁴⁴. Outre au consommateur, ces accords bénéficient donc aux entreprises et ne sont pas conçus purement vers l'extérieur, dès lors qu'il s'agit de promouvoir l'efficacité industrielle et commerciale. La Commission européenne, quand elle étudie la réglementation de ce type d'accords, emploie elle aussi le terme de *sustainability agreements*⁴⁵, alors qu'elle faisait état anciennement d'accords « environnementaux » (*environmental agreements*), ce qui montre la montée en puissance de la notion de *sustainability* comme englobant tout à la fois des considérations externes à l'entreprise et le souci de sa propre efficacité interne.

D'autres occurrences de la *sustainability* peuvent être trouvées : le Règlement 2019/2088 est intitulé « *on sustainability-related disclosures in the financial services sector* » et le Règlement Taxonomie qui lui succède fait des références constantes à la *Sustainability*⁴⁶, même s'il retient plutôt le sens restreint d'activités qui sont « *environmentally sustainable* », donc qui ne causent pas de dommages à l'environnement. Avant cela, la Commission avait publié une communication sur la « *Sustainable finance strategy* »⁴⁷, qui avait une portée un peu plus large. Elle a également lancé une initiative sur la « gouvernance d'entreprise durable »⁴⁸ (*Sustainable corporate governance*) qui « permettrait aux entreprises de privilégier la création de valeur durable à long terme aux bénéfiques à court terme. Elle vise à mieux aligner les intérêts des entreprises, de leurs actionnaires et dirigeants, des parties prenantes et de la société. Elle aiderait les entre-

prises à mieux gérer les questions liées à la durabilité dans leurs opérations et chaînes de valeur en ce qui concerne les droits sociaux et les droits de l'homme, le changement climatique, l'environnement, etc. »

Vaste programme donc... mais qui a le mérite de montrer que l'idée de durabilité repose tout autant sur une pérennité de l'entreprise que de son environnement et qu'on ne saurait traiter ces deux ensembles de manière séparée. Les esprits taquins répondront peut-être que l'on n'attire pas les mouches avec du vinaigre et qu'il fallait bien, pour vaincre les réticences des entreprises, leur confirmer que les préoccupations sociales et environnementales ne sont pas incompatibles avec le profit, ne serait-ce que celui à long terme.

En définitive, la *Corporate sustainability* traduit l'idée que le développement de l'entreprise lui-même doit être durable. Cette notion dépasse ainsi le cadre étroit de la Directive CSRD pour inclure tout ce qui a trait à une certaine permanence de l'entreprise, tant interne qu'externe. La Directive n'aura fait que mettre la notion en lumière. Si l'existence de cette notion de *Corporate sustainability* est donc bel et bien établie, celle-ci se rattache, pour ce qui est de ses conséquences sociétales, à des tendances de fond déjà bien entamées.

II. La traduction sociétaire de la notion de *Corporate sustainability*

11. Plan. – L'expression *Corporate sustainability* peut certainement se traduire par pérennité de l'entreprise (A); cette pérennité est d'ores et déjà une contrainte majeure en droit des sociétés, qui rebat les cartes des pouvoirs sociétaires (B).

43. Le régulateur expose ainsi que : « *When we refer to sustainability agreements in this document, we are referring to cooperation agreements between businesses (including industry-wide initiatives and decisions of trade associations) for the attainment of sustainability goals, such as tackling climate change* » (*Competition and markets authority, Guidance – Environmental sustainability agreements and competition law*, 27 janv. 2021).

44. « *The agreements offer efficiency gains, including sustainability benefits; The users of the products in question are allowed a fair share of those benefits* » (*Autoriteit Consument & Markt, Guidelines Draft – Sustainability agreements – Opportunities within competition law*, 26 janv. 2021, n° 30, p. 12).

45. *Commission Staff Working Document Evaluation of the Horizontal Block Exemption Regulations*, SWD (2021) 103, 6 mai 2020.

46. Trente exactement, il contient également 149 fois le terme *Sustainable*.

47. Commission Européenne, « *Renewed sustainable finance strategy and implementation of the action plan on financing sustainable growth* », COM (2018) 97 final, 8 mars 2018.

48. À la suite d'un rapport : EY et Commission Européenne, « *Study on directors' duties and sustainable corporate governance* », juillet 2020, v. *infra*. L'expression apparaissait déjà dans la communication du 8 mars 2018 au n° 10. Il s'agissait alors de lutter contre le court-termisme des marchés.

A. Corporate sustainability et pérennité de l'entreprise

12. Essai de traduction. – Si l'on a traduit jusqu'à présent *Corporate sustainability* par durabilité de l'entreprise, il convient d'affiner la traduction pour mieux étudier ses conséquences. Au soutien de cette première traduction, le terme de *sustainability* est généralement traduit par durabilité. Cela est visible dans les traductions officielles européennes⁴⁹. Le terme de *corporate* est pour sa part d'une traduction plus délicate. Il fait écho à ce qui relève des corporations, ce dernier terme renvoyant à la structure entrepreneuriale, laquelle se distingue du terme *Undertaking* qui reflète davantage l'activité déployée par la société⁵⁰. Plus précisément, lorsqu'il est employé par la pratique, le terme *corporate* désigne ordinairement les considérations sociétales et non pas tous les aspects de la vie entrepreneuriale (notamment la commercialisation et le droit du travail). Reste que la proposition de Directive ne contient pas une seule fois le terme de *Corporation*, lui préférant celui d'*Undertaking*. Sans doute ce dernier terme est-il plus englobant et manifeste, de ce fait, que l'on veut tout à la fois que l'activité entreprise comme son support soient durables. Cela reflète une nouvelle fois la confusion de plus en plus répandue entre support de l'activité et activité elle-même⁵¹. Toujours est-il, en un mot, que l'on peut traduire *corporate* par de l'entreprise.

Quant au terme de *sustainability*, la recherche de sa version française est tout aussi délicate que lorsqu'il s'était agi de traduire *Sustainable development*. En effet, le terme durable n'en est qu'une traduction imparfaite, tandis que celui de soutenable, s'il peut éventuellement lui être préféré, n'a pas grand sens dans le contexte entrepreneurial. De plus, *sustainable*, dans la langue anglaise, a une signification autre que celle que la langue française attache à durable ou à soutenable. On peut ainsi *sustain a damage*, c'est-à-

dire subir un dommage. Ce sens se rapproche alors de la – très à la mode – résilience, c'est-à-dire la capacité à surmonter des obstacles sur le temps long. Dès lors, la *sustainability* évoquerait le fait d'être durable nonobstant les obstacles. Au terme de résilience, il convient sans doute de préférer celui de pérennité. D'abord, car ce dernier dépend moins du champ lexical de la psychologie; ensuite et surtout, car il est employé pour traduire celui de *sustainability* dans la Directive n° 2017/828 « en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires »⁵². Si l'on retient cette acception, la *Corporate sustainability* correspond finalement à la pérennité de l'entreprise.

13. L'importance de la pérennité de l'entreprise. – Or la pérennité est précisément devenue un objectif primordial en droit des sociétés. Un tel objectif chapeaute la Directive n° 2017/828 qui le nomme, de manière pléonastique, « pérennité à long terme » et y relie l'engagement des actionnaires « à long terme ». Le but est évidemment de mettre fin au court-termisme réel ou avéré de ces derniers, dont il est supposé qu'il va à l'encontre des intérêts de l'entreprise. Du reste, plusieurs occurrences du terme pérennité se retrouvent expressément en droit des sociétés⁵³. Une des plus révélatrices vient du nouveau « fonds de pérennité » créé par la loi Pacte, qui est une sorte de fondation ayant pour but « de contribuer à la pérennité économique de cette ou de ces sociétés et [pouvant] réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général ». Le Code Middenext énonce de manière similaire que la pérennité de l'entreprise est l'un des objectifs d'une bonne gouvernance, qui doit être articulée avec la protection des actionnaires minoritaires et la liberté d'action des dirigeants⁵⁴.

La pérennité de l'entreprise a aussi inspiré d'autres dispositions, comme l'illustre le droit de vote double conféré aux seuls associés détenant leurs actions depuis plus de deux ans. Mais en

49. Par exemple, le Règlement 2019/2088 « *on sustainability-related disclosures in the financial services sector* » est traduit par « sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers ».

50. V. à ce sujet notre analyse sur les termes applicables à l'entreprise : J.-B. Barbière, *L'Ordre sociétaire*, op. cit., spéc. n° 350, p. 334-335.

51. V. pour une critique notamment F.-X. Lucas, « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *Bull. Joly S.* 2018, p. 477, qui fait état d'une « navrante confusion entre l'entreprise et la société ».

52. Même si, de manière intéressante, cette dernière Directive n'emploie pas l'expression *Corporate sustainability* mais « *sustainability of the company* », par exemple au cons. n° 29.

53. V. J.-B. Barbière, *L'Ordre sociétaire*, op. cit., spéc. n° 454, p. 420.

54. Middenext, *Code de gouvernement d'entreprise*, sept. 2016, p. 8.

vérité, elle a insufflé des dispositions anciennes du droit commercial, comme celle obligeant le propriétaire d'un fonds de commerce à l'avoir exploité pendant deux ans afin de le donner en location-gérance⁵⁵. Derrière la volonté de freiner la spéculation sur les fonds de commerce, se profilait déjà celle d'investir l'entreprise d'une assise solide avant même qu'elle puisse être transmise et donc détachée de la personne de son créateur pour se dévouer à une vie propre. Mais on peut souligner, de manière intéressante, que cette obligation de détention sur une certaine durée a été supprimée par la loi Pacte, de sorte que l'objectif de pérennité des activités devient à géométrie variable.

14. Pérennité de l'entreprise et pérennité sociétariaire. – En définitive, la pérennité la plus couramment recherchée est une pérennité sociétariaire. Malgré la confusion toujours plus entretenue entre entreprise et société, comme cela a été souligné, ce sont bien souvent les structures sociétariaires qui font l'objet de ces nouvelles obligations de pérennité. En ce sens, la proposition de Directive CSRD modifie la Directive n° 2013/34 qui, dans les « formes d'entreprises visées », ne cible que des formes sociétariaires. Ainsi le débiteur de la *Corporate sustainability* est-il bien la structure sociétariaire.

Si la pérennité de l'entreprise (de la structure sociétariaire) est donc aujourd'hui un objectif du droit des sociétés, le contrôle des agissements de l'entreprise se réalise, de manière plus prégnante encore, par le biais précisément de cette branche du droit. En effet, bien que chaque droit encadrant l'entreprise ait sa propre vision de la pérennité⁵⁶, il revient au droit des sociétés de donner un cadre à la gestion de l'entreprise car il édicte qui détient le pouvoir d'engager l'entreprise. La pérennité de l'entreprise passe dans ces conditions par une redéfinition des pouvoirs sociétariaires.

B. Corporate sustainability et pouvoir sociétariaire

15. Corporate sustainability et Corporate governance. – Que l'entreprise doive être pérenne constitue normalement une limitation des pouvoirs des dirigeants. Leur gestion ne devra plus être orientée vers le court terme, mais tendra à la préservation de l'entreprise et de son environnement. Les dirigeants se verront donc contraints de ne pas adopter de décisions trop téméraires et seront certainement contrôlés davantage dans leur gestion dont la défaillance peut être détectée plus aisément. Dans le même esprit, le développement des obligations de reporting est censé faciliter cette surveillance de leur activité. Non seulement devront-ils s'assurer de la subsistance de leur entreprise, mais également de son environnement. Ils devront donc, comme l'évoque le Code Middenlex, jongler entre pérennité, liberté et préservation des droits des actionnaires. Il y a néanmoins fort à parier que cette évolution risque justement de se faire au détriment des pouvoirs des actionnaires.

Les rapports entre associés et dirigeants sont l'objet initial de la *Corporate governance*. Toute cette matière était destinée à corriger le problème Agent-Principal, voulant que l'agent qui est censé agir pour les intérêts d'autrui (le principal) puisse avoir d'autres intérêts en vue⁵⁷. Il en résultait une transparence accrue de la gestion des dirigeants, l'instauration de contre-pouvoirs sociétariaires⁵⁸ et une formalisation de leur prise de décision. Cependant, la *Corporate governance* a changé de finalité. Dorénavant, elle « recherche les moyens d'une efficacité optimale du pouvoir »⁵⁹. La question n'est plus tant celle du contrôle des dirigeants par les associés que celle de l'efficacité de leur gestion. Or les intérêts des actionnaires, par leur court-termisme et leur prévalence traditionnelle sur ceux des autres parties prenantes (notamment les salariés), peuvent se

55. Art. 4 de la loi n° 56-277 du 20 mars 1956, codifiée à l'art. L. 144-3 du Code de commerce.

56. L'importance donnée à la rupture brutale de relations commerciales établies peut être un exemple. Mais plus banalement, la réglementation applicable à la rupture du contrat de travail traduit le souci d'une pérennité de la relation salariale. Bien sûr encore, le droit des entreprises en difficulté est aussi majoritairement tourné vers la préservation de l'entreprise.

57. V. K.J. Hopt, « Comparative Corporate Governance : The State of the Art and International Regulation », *American Journal of Comparative Law* 2011, 59 : 1, p. 3 ; égal. A. Couret, « La structure juridique des entreprises (corporate governance) », *RIDE* 2002, n° 2-3, p. 339.

58. La forme dualiste dans les SA est l'exemple topique de cette tendance, le conseil de surveillance faisant office de contre-pouvoir scrutateur au directoire.

59. A. Couret, « Les commandements de la gouvernance », in I. Urbain-Parléani et P.-H. Conac (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 149, spéc. p. 157.

heurter à cette « bonne » gestion. L'optimisation de la gestion par les dirigeants devrait donc se faire avec ou sans les actionnaires, mais bien en accord avec les parties prenantes⁶⁰. Seuls trouvent grâce les actionnaires s'engageant sur le long-terme⁶¹, et c'est ainsi que la Directive n° 2017/828 lie irrémédiablement engagement à long-terme des actionnaires et pérennité de l'entreprise. La *Corporate sustainability* passe donc certes par des obligations de reporting visant à ce que le marché sanctionne les entreprises qui n'auraient pas un comportement éthique, mais elle implique par-dessus tout un redéploiement des pouvoirs dans l'entreprise.

16. *Corporate sustainable governance*. –

Dans son volet sociétaire, et en sus de privilégier l'engagement à long-terme des actionnaires, la *Corporate sustainability* revient alors à imposer une *Corporate governance* durable, c'est-à-dire une *Sustainable corporate governance*. La Commission européenne a amorcé en 2020 une initiative pour promouvoir cette nouvelle gouvernance d'entreprise durable, qui fait partie du train législatif du Pacte vert pour l'Europe. Dans la communication relative à ce Pacte, il était ainsi fait expressément mention de ce que « la durabilité devrait [...] être intégrée dans le cadre de gouvernance d'entreprise, car nombreuses sont les entreprises qui se focalisent encore trop sur les performances financières à court terme, au détriment de leur développement à long terme et de leur durabilité »⁶². La Commission a aussi lancé une consultation sur la *Corporate sustainable governance* et le rapport⁶³ issu de cette consultation est révélateur. Parmi les entreprises

et ONG ayant répondu, 78,2 % souhaitent intégrer davantage les parties prenantes dans le processus décisionnel suivant une approche « holistique »⁶⁴; 76 % sont en accord avec la proposition d'imposer une obligation aux dirigeants d'identifier ces parties prenantes et de « gérer les risques pesant sur la société en intégrant les intérêts des parties prenantes »⁶⁵; surtout, 70 % désirent que les dirigeants soient contraints de mettre en place des procédures objectives (*science-based*) pour s'assurer que les intérêts des parties prenantes sont respectés⁶⁶. Le rapport d'EY et de la Commission européenne ayant précédé la consultation avait comme objectif « d'évaluer les causes du "court-termisme" dans la gouvernance d'entreprise, qu'elles aient trait aux actuelles pratiques de marché et/ou à des dispositions réglementaires, et d'identifier d'éventuelles solutions au niveau de l'UE »⁶⁷. Il contient 83 fois le terme « *short-termism* » et observe des « pressions grandissantes de la part d'investisseurs à court terme qui contribuent à concentrer les efforts des dirigeants sur des gains financiers à court terme, au détriment de la création de valeur sur le temps long »⁶⁸.

En résumé, tout cela confirme la tendance à la dépossession du pouvoir des actionnaires. Ceux-ci sont accusés d'être des freins à l'objectif de pérennité de leur entreprise et se retrouvent en concurrence toujours plus accrue avec les autres parties prenantes. De surcroît, la prise en compte des intérêts des parties prenantes va être formalisée (soumise à des procédures objectives). Or cette formalisation est souhaitable pour les dirigeants, puisqu'elle confère à leur prise de

60. Pour une vision d'ensemble de l'émergence des pouvoirs des *stakeholders* v. F.G. Trébulle, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », *Bull. Joly S.* 2006, p. 1337 et *Bull. Joly S.* 2007, p. 7.

61. V. sur ce point V. de Beaufort, « L'engagement actionnarial en France, vecteur de gouvernance pérenne ? », *Rev. sociétés* 2019, p. 375.

62. Communication de la Commission, « Le Pacte vert pour l'Europe », Com 2019(640), 11 déc. 2019, p. 20.

63. Commission européenne, « *Sustainable corporate governance initiative – Summary report – public consultation* ».

64. *Ibid.*, p. 4.

65. « *To manage the risks for the company in relation to stakeholder interests* », *ibid.*, p. 5.

66. « *Corporate directors being required by law to set up adequate procedures and measurable (science-based) targets to ensure impacts on stakeholders are addressed* », *ibid.*

67. EY et Commission européenne, « *Study on directors' duties and sustainable corporate governance* », juill. 2020.

68. « *Growing pressures from investors with a short-term horizon contribute to increasing boards' focus on short-term financial returns to shareholders at the expense of long-term value creation* », *ibid.*, p. 33.

décision une rationalité procédurale⁶⁹ qui rend très difficile leur remise en cause, de même que l'engagement de leur responsabilité⁷⁰.

Par ailleurs, la multiplicité des intérêts à contenter présente elle aussi le désagrément d'ajouter des obligations à la charge du dirigeant, mais elle lui permet dans le même temps de se dégager de sa responsabilité en arguant de la poursuite d'un intérêt autre que celui des mécontents. Alain Couret expose ainsi que « l'élargissement de l'objet social, la raison d'être, la société à mission, tous ces éléments apparemment contraignants et *a priori* propres à accroître le risque sont aussi de nature à conférer une plus grande latitude managériale : le dirigeant pourra plus facilement justifier certains choix au regard d'objectifs sociétaux ou environnementaux alors même que la performance économique de la société fera l'objet de discussions »⁷¹. Certes, la société que le dirigeant a à sa charge assumera des obligations de vigilance de

plus en plus lourdes. Néanmoins, la responsabilité des dirigeants risque fort de ne pas être mise en jeu tant que ceux-ci respectent les procédures de décision mises en place.

17. Conclusion. – En conclusion, la notion de *Corporate sustainability* est une notion englobante, représentant la pérennité tant interne qu'externe de l'entreprise. Ses contours demeurent relativement indéfinis mais elle semble s'imposer dans le langage adopté au moins par les institutions européennes. Au niveau sociétaire, la notion contribue à une redistribution des pouvoirs, déjà fortement amorcée, en faveur des dirigeants et au détriment des associés. Cela est heureux si les seconds causaient du tort à l'entreprise. Toujours est-il que pour le moment, l'identification des autres parties prenantes et la prise en compte de leurs intérêts demeurent difficiles, de sorte que le reflux du pouvoir des actionnaires profite majoritairement pour l'instant aux dirigeants.

69. D'après l'idée d'Habermas (J. Habermas, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997, spéc. p. 488), v. égal. P. Lokiec, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293.

70. Paul Didier estimait que « toutes ces procédures organisent des contrôles formels. Elles vérifient la régularité et la sincérité de l'action des dirigeants, non leur efficacité » (P. Didier, « La publicisation du droit des sociétés », in *Le droit des affaires demain*, Colloque CREDA, *JCP E* 1986.II.14637, p. 37, spéc. p. 38). De la sorte, le dirigeant peut s'exonérer de sa gestion approximative en rétorquant qu'il a suivi les procédures adéquates. Les effets pervers de tels comportements ont pu être dénoncés, notamment « quant au respect des "best practices" du "corporate governance", il peut nous paraître très formaliste : ENRON était cité en exemple pour son respect des pratiques de gouvernement d'entreprise et cette apparence a pu abuser les actionnaires et le marché pendant des années » (P. Bissara, « *Corporate governance*, loi NRE et redéfinition de la faute civile des dirigeants : le point de vue du dirigeant d'entreprise », *Rev. sociétés* 2003, p. 210, spéc. n° 9).

71. A. Couret, « Propos introductifs », in *La loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019 : le nouveau visage du droit des sociétés*, Colloque Paris Descartes, 2019, *Rev. sociétés* 2019, p. 565.

Dossier

Le droit face aux défis de la transition écologique

Le rôle du droit dans le développement du transport durable (exemple du transport combiné rail-route)

Isabelle Bon-Garcin

Professeure à l'Université Lumière Lyon 2

Directrice du M2 Droit des transports et de la logistique

« La croissance du secteur des transports doit être subordonnée à l'écologisation de la mobilité. En Europe, la mobilité devrait reposer sur un système de transport multimodal efficace et interconnecté, tant pour les passagers que pour le fret, renforcé par un réseau ferroviaire à grande vitesse abordable, par des infrastructures de recharge et de ravitaillement nombreuses pour les véhicules à zéro émission et une offre de carburants renouvelables et à faible teneur en carbone, ainsi que par une mobilité plus propre et plus active dans des villes plus vertes contribuant à la bonne santé et au bien-être de leurs citoyens »¹.

Les transports, responsables d'une part significative des émissions de gaz à effet de serre, contribuent au changement climatique. Il s'agit donc d'un secteur critique pour la réussite de la transition carbone², en particulier le transport routier de marchandises qui est le plus gros

émetteur. En effet, à l'échelle européenne, la part modale du routier dans le transport de marchandise représente 75 % du trafic, contre 18 % pour le transport ferroviaire et 5,5 % pour le transport fluvial. En France, malgré la succession de plans de relance, la part modale du fret ferroviaire est encore plus faible, de 9 % seulement³. Les facteurs explicatifs du déclin de l'activité de transport de marchandises par chemin de fer sont nombreux, nous nous contenterons d'en évoquer certains. Les plus fondamentaux sont liés au système de production industrielle et de distribution. Ainsi la chute du transport de produits pondéreux sur de longues distances qui a été pendant longtemps le « fonds de commerce » du transport ferroviaire a entraîné consécutivement une baisse du trafic. Et le développement de pratiques logistiques (envois fractionnés et fréquents, juste-à-temps) sont peu compatibles avec le recours au mode ferroviaire,

1. COM (2020) 789 final, « Stratégie de mobilité durable et intelligente – mettre les transports européens sur la voie de l'avenir ».

2. La loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte a fixé un objectif de diminution de 40 % des émissions de gaz à effet de serre en 2030, la neutralité carbone devant être atteinte en 2050, conformément à la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat.

3. Commissariat général au développement durable (CGDD), *Chiffres clés du transport – Édition 2020*, mars 2020.

alors que la généralisation de la gestion à flux tendus, le fractionnement des lots, les tarifs de plus en plus compétitifs en raison d'une concurrence accrue, ont grandement favorisé l'hégémonie du transport routier⁴. On peut également mentionner d'autres éléments qui ont contribué à ce déclin tel le choix de la SNCF de réduire son activité en matière de fret pour limiter ses pertes⁵, ou encore le manque de fiabilité dénoncé régulièrement par les chargeurs.

Cependant, face à l'urgence climatique, tant le législateur européen⁶ que français⁷ préconisent, entres autres, de soutenir et développer le report modal vers des modes plus respectueux de l'environnement car émettant moins de CO₂, comme le transport ferroviaire ou encore fluvial. Par ailleurs, dans sa stratégie pour le développement du fret ferroviaire, la *Loi d'orientation des mobilités* du 24 décembre 2019 (LOM) prévoit diverses mesures dont la mise en place de mécanismes d'aide ou de soutien au transfert modal et le développement du transport combiné⁸. Et

l'article 131 de la toute nouvelle loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (Loi « Climat et Résilience ») dispose que « la France se fixe pour objectif de tendre vers le doublement de la part modale du fret ferroviaire et l'augmentation de moitié du trafic fluvial dans le transport intérieur de marchandises d'ici 2030, en mobilisant l'ensemble des acteurs publics et privés concernés »⁹.

L'idée du report modal n'est pas nouvelle, déjà la loi *Grenelle* ¹⁰ proposait l'essor d'auto-routes ferroviaires¹¹ consistant à transporter les semi-remorques routières sur rail, l'objectif étant d'assurer le trafic de transit de marchandises dans sa totalité par les modes alternatifs à la route¹². Au niveau européen, le programme *Marco Polo I* adopté en 2003¹³, qui avait succédé au programme *PACT*¹⁴, avait également pour but, en octroyant des aides publiques, de promouvoir les actions telles que le transfert modal

-
4. V. M. Bernadet, I. Bon-Garcin et Ph. Delebecque, *Droit des transports*, 2^e éd., Dalloz, 2018, spéc. n° 214, p. 191.
 5. Y. Crozet, « Transports et « facteur 4 » : que reste-t-il du Grenelle ? », *Transports* (ISSN 0564-1373), 2015. Halshs-01327350.
 6. Dans le cadre du « Green deal », la nouvelle stratégie européenne sur la mobilité durable et intelligente, officiellement révélée le 9 décembre 2020, propose pour le secteur des transports quatre axes : développer le report modal, améliorer la tarification afin de mieux internaliser les coûts externes, accélérer la production et le déploiement de carburants de substitution durables, et enfin réduire les émissions des véhicules.
 7. La loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'*orientation des mobilités*, dite LOM prévoit, parmi les quatre objectifs annoncés dans son article 1^{er}, d'accélérer la transition énergétique, la diminution des émissions de gaz à effet de serre et la lutte contre la pollution et la congestion routière « en favorisant le rééquilibrage modal au profit des déplacements opérés par les modes individuels, collectifs et de transport de marchandises les moins polluants, tels que le mode ferroviaire, le mode fluvial, les transports en commun ou les modes actifs, en intensifiant l'utilisation partagée des modes de transport individuel et en facilitant les déplacements multimodaux ».
 8. Art. L. 178, parmi les autres mesures nécessaires on peut signaler : le développement d'une composante ferroviaire à la logistique d'approvisionnement des agglomérations ; la modernisation et la mutualisation des infrastructures territoriales, en particulier les voies capillaires, les voies de services, les installations terminales embranchées et les terminaux de marchandises ; le développement d'infrastructures et de pôles d'échanges de fret multimodaux ; le renforcement de la desserte ferroviaire des ports, des grands ports maritimes et de leur *hinterland* ; le développement de corridors de fret ferroviaire transnationaux.
 9. *JO*, 24 août 2021.
 10. Loi n° 2009-967, art. 11, II.
 11. L'autoroute ferroviaire alpine, qui sera prolongée jusqu'à la région lyonnaise, l'autoroute ferroviaire entre Perpignan et Luxembourg et l'autoroute ferroviaire Atlantique entre le pays basque, la région parisienne et le nord de la France. L'adaptation des infrastructures fera l'objet d'un financement public complémentaire de 50 millions d'euros et la création des plateformes multimodales de fret classique ou à grande vitesse de fret fera l'objet d'un financement de 50 millions d'euros.
 12. En outre, l'État étudiera la possibilité de mettre en place des prêts à long terme ou des garanties pour faciliter l'acquisition du matériel nécessaire par les opérateurs.
 13. PE et Cons. UE, Règl. (CE) n° 1382/2003, 22 juill. 2003 concernant l'octroi d'un concours financier communautaire visant à améliorer les performances environnementales du système des transports : JOUE n° L 196, 2 août 2003, p. 1.
 14. *Pilot Action for Combined Transport* : Cons. UE, Règl. (CE) n° 2196/98, 1^{er} oct. 1998 relatif à l'octroi de soutiens financiers communautaires à des actions à caractère innovateur en faveur du transport combiné : JOCE n° L 277, 14 oct. 1998, p. 1.

ou encore l'évitement du transport routier¹⁵. Mais force est de constater que dans les deux cas, ce fût un échec. Ainsi, selon le rapport annuel 2012 de la Cour des comptes¹⁶, les autoroutes n'ont pas atteint les objectifs prévus en matière de décongestion du réseau routier et de réduction de la pollution. Quant au programme *Marco Polo*, il a fait l'objet de lourdes critiques de la part de la Cour des comptes européenne¹⁷ soulignant son inefficacité et concluant à une interruption du financement de l'UE pour les services de transport de fret s'il est conçu sur le même modèle que le programme *Marco Polo*.

Et parce qu'il est irréaliste de vouloir du tout ferroviaire ou du tout fluvial et inutile d'opposer les modes, il faut au contraire développer leur complémentarité. Or, si nous prenons l'exemple du transport combiné rail-route, encore appelé ferroutage, il est soumis à de nombreuses contraintes d'ordre économique et technique. En effet, pour être en mesure de concurrencer le transport routier, il faut que le prix du ferroutage tende à s'aligner sur celui de la route et consécutivement la baisse des tarifs ne permet pas d'atteindre le seuil de rentabilité. C'est donc l'entreprise ferroviaire qui doit assumer dans une large

mesure, le coût financier de son développement. Confronté à de tels problèmes, il est plus difficile de proposer une bonne qualité de service alors que l'exigence des clients est façonnée par l'offre des transporteurs routiers. C'est-à-dire un déplacement rapide¹⁸, souple et fiable. Alors que le transport combiné rail-route comprend des opérations de transbordement augmentant la probabilité de retard et de dommages liés à la manutention de la marchandise. Il s'agit là de risques supplémentaires typiques liés à un changement de mode en cours de transport, qu'on ne rencontre pas normalement dans le transport routier de porte-à-porte. De plus, le transbordement intermodal est une activité supplémentaire, générant des coûts additionnels. Si ce dernier risque est surmontable à la condition d'améliorer les technologies de transbordement, la rareté des infrastructures de transbordement, notamment des terminaux multimodaux terrestres, est particulièrement marquée dans certaines régions d'Europe et est un chaînon manquant dans les infrastructures multimodales qui devra être comblé. Ce qui signifie que de lourds investissements devront être programmés ainsi que de fortes incitations économiques pour les utilisateurs.

15. Le programme a été reconduit durant la période 2003-2006, pour la période 2007-2013. PE et Cons. UE, Règl. (CE) n° 1692/2006, 24 oct. 2006 établissant le deuxième programme *Marco Polo* pour l'octroi d'un concours financier communautaire visant à améliorer les performances environnementales du système de transport de marchandises (*Marco Polo II*), et abrogeant le règlement (CE) n° 1382/2003 : JOUE n° L 328, 24 nov. 2006. La Commission avait reçu des propositions pour un montant de subventions de 468 millions d'euros, pour un budget global de 100 millions d'euros durant la période 2003-2006. Le budget s'est élevé à 430 millions d'euros pour 2007-2013. (V. *JurisClasseur Env. et Dév. durable*, Fasc. 2350, spéc. 134 et s., E.-M. Alves).

16. www.ccomptes.fr/index.php/Publications/Publications/Rapport-public-annuel-2012

17. C. comptes eur., rapp. spéc. 2013, « Les programmes Marco Polo ont-ils contribué efficacement au transfert du trafic routier vers d'autres modes de transport ? »

18. Voici un exemple pour illustrer la situation en Europe, telle qu'elle se produisait régulièrement il y a quelques années encore, V. Dr. C. Seidelmann, « 40 ans de transport combiné en Europe », p. 38, éd. UIRR srl (Union Internationale des sociétés de transport combiné rail/route). « Un opérateur de transport combiné avait organisé une desserte entre l'Allemagne et l'Espagne. Le train devait partir de Ludwigshafen (Allemagne), à 20 heures, mais une panne de grue l'empêcha de se mettre en mouvement à l'heure, de sorte qu'il partit avec une heure de retard. En route pour Sarrebrück-Forbach, le train fut placé sur une voie de garage, pour laisser passer un train express international de passagers. Il arriva donc à la gare-frontière française de Forbach avec un retard de plus de 3 heures. Entre-temps, les chemins de fer français avaient retiré la locomotive et le machiniste qu'ils avaient mis à disposition pour ce service, étant donné l'impossibilité de déterminer l'heure exacte à laquelle le train en correspondance, retardé, arriverait à la frontière. Différents coups de fil furent donnés dans la région est de la France pour tenter de savoir où se procurer une locomotive de remplacement et un conducteur. L'opération aboutit enfin et le train parvint à avancer jusqu'au nœud ferroviaire de Metz, où tous les trains à destination du sud étaient malheureusement déjà partis. Le retard du train était passé à 24 heures. À ce point, il resta suffisamment d'occasions pour que d'autres incidents se produisent : sur le trajet à destination de la frontière espagnole, il y a un autre relais de locomotive et une autre relève de conducteur, ce qui pouvait occasionner d'autres problèmes, des défaillances techniques, des conducteurs malades, des grèves-surprise. Une fois arrivées à la frontière espagnole (Port Bou), les unités de chargement doivent être transbordées, dans un terminal spécialement conçu, du wagon à essieux avec un écartement européen standard sur le wagon à essieux à écartement espagnol large. Ce terminal de dimension fort petite et situé en fond de vallée, n'a pratiquement aucune possibilité d'agrandissement, alors que le trafic à destination de l'Espagne augmente. Le terminal est donc surchargé et la moindre irrégularité entraîne des retards supplémentaires. Sur d'autres lignes principales du transport combiné, des situations similaires ont pu se produire ».

Enfin, la longue distance reste le domaine essentiel du transport combiné rail-route à savoir des parcours de 450 kilomètres et plus. En effet sur les grands corridors, représentant d'importants volumes de trafic, le transport combiné est presque toujours compétitif puisqu'une telle distance permet « d'amortir » le coût induit par les chargements et déchargements liés aux changements de mode de transport, propre au transport combiné. Face à ces différentes contraintes, il est donc nécessaire que le fret ferroviaire soit fortement stimulé. Ainsi, dans le cadre de sa stratégie d'une mobilité durable et intelligente, la Commission européenne préconise l'augmentation des capacités ferroviaires, le renforcement de la coordination et la coopération transfrontières entre les gestionnaires de l'infrastructure ferroviaire, l'amélioration de la gestion globale du réseau ferroviaire en déployant de nouvelles technologies telles que le couplage numérique et l'automatisation. La Commission proposera également afin de favoriser le transport intermodal, de réviser les règlements régissant les corridors de fret ferroviaire¹⁹ et les corridors du réseau transeuropéen de transport (RTE-T) en intégrant les premiers dans les seconds, en mettant l'accent sur les « mesures à effets rapides » telles que la longueur des trains, le gabarit de chargement et l'amélioration des règles opérationnelles²⁰.

Prenant en considération le fait que l'impact environnemental d'un transport dépend de ses conditions d'utilisation, il faut donc veiller à la qualité du service offert par les différents modes de transports et faire en sorte qu'il soit assuré au meilleur coût. Une cohérence entre les modes doit s'instaurer pour mettre chacun d'eux sur sa zone d'avantage et éviter les concurrences « destructrices » afin de faciliter les interconnexions²¹.

Si le transport multimodal est préconisé comme un outil incontournable dans le processus de décarbonation pour le transport de mar-

chandises, en nous attachant dans le cadre de cette contribution au transport combiné rail-route qui semble s'intégrer plus aisément dans une chaîne logistique multimodale, nous allons voir qu'au-delà des fortes contraintes économiques et techniques que nous venons d'exposer brièvement, il souffre aussi d'une pauvreté législative freinant son développement (I). Il faudrait dès lors s'intéresser très précisément à la qualification juridique de cette combinaison de transports si l'on veut proposer une alternative au « tout routier » et offrir aux utilisateurs la sécurité juridique nécessaire (II).

I. Les freins juridiques actuels au développement du transport combiné rail-route

Le transport combiné rail-route (TC) implique la collaboration de plusieurs partenaires, dont les gestionnaires de l'infrastructure qui mettent, moyennant redevance, le réseau ferré à la disposition des exploitants, les entreprises ferroviaires (EF) qui assurent des services de transport, les opérateurs de TC qui achètent à ces EF des capacités de transport, les gestionnaires de terminaux qui sont, selon les cas, les opérateurs de TC, les EF ou des exploitants locaux et enfin les clients, c'est-à-dire des transporteurs routiers, des commissionnaires de transport et des entreprises de logistique qui remettent les unités de chargement au terminal de départ et les enlèvent au terminal de destination. Face à cette opération complexe, il existe aujourd'hui un seul instrument juridique à l'échelon de l'Union qui incite directement à passer du transport de marchandises par route à des modes à moindres émissions. Il s'agit de la directive 92/106/CEE du 7 décembre 1992²² relative à l'établissement des règles communes pour certains transports combinés de marchandises entre États membres et qui vise à accroître la compétitivité de ce mode

19. Selon l'article 2.2 a) du Règl. (UE) n° 913/2010 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2010 relatif au réseau ferroviaire européen pour un fret compétitif, le corridor de fret est « l'ensemble des lignes ferroviaires désignées, notamment les lignes de transbordeurs ferroviaires, sur le territoire des États membres ou entre États membres et, le cas échéant, dans des pays tiers européens, reliant deux terminaux ou plus le long d'un itinéraire principal et, le cas échéant, des itinéraires de contournement et des sections les reliant, y compris les infrastructures ferroviaires et leurs équipements et les services ferroviaires correspondants visés à l'article 5 de la directive 2001/14/CE ».

20. COM (2020) 789 Final, spéc. n° 43, 9 déc. 2020.

21. Conseil économique pour le développement durable, « Mobilité et émissions de gaz à effet de serre, comment construire les politiques de transport ? », synthèse n° 30, mars 2017.

22. JOCE n° L 368/39 du 17 déc. 1992.

par rapport aux transports de marchandises uniquement par la route, elle souffre cependant de nombreuses imperfections (A). Quant à la question de la nature juridique de la convention, que l'on appellera le contrat de ferroutage, qui se noue entre le transporteur routier ou le commissionnaire et l'entreprise de ferroutage, elle est source d'incertitudes et de contradictions, tant devant les tribunaux, qu'après de la doctrine (B).

A. Une directive vieillissante

La directive 92/1006/CEE du Conseil du 7 décembre 1992, entrée en vigueur le 30 juin 1993, a pour objectif d'encourager le transport intermodal en soutenant les opérations internationales qui répondent à certains critères que l'on appelle les transports combinés ou TC. Ces derniers sont définis à l'article 1^{er} comme des « transports de marchandises entre États membres pour lesquels le camion, la remorque, la semi-remorque, avec ou sans tracteur, la caisse mobile ou le conteneur de 20 pieds²³ et plus utilisent la route pour la partie initiale ou terminale du trajet et, pour l'autre partie, le chemin de fer ou une voie navigable, ou un parcours maritime lorsque celui-ci excède 100 kilomètres à vol d'oiseau, et effectuent le trajet initial ou terminal routier :

- soit entre le point de chargement de la marchandise et la gare ferroviaire d'embarque-

ment appropriée la plus proche pour le trajet initial et entre la gare ferroviaire de débarquement appropriée la plus proche et le point de déchargement de la marchandise pour le trajet terminal,

- soit dans un rayon n'excédant pas 150 kilomètres à vol d'oiseau à partir du port fluvial ou maritime d'embarquement ou de débarquement ».

La directive tend également à protéger le transport combiné contre les restrictions nationales de l'époque, que ce soit au niveau des régimes d'autorisation²⁴, ou de tarification²⁵. Les États membres doivent donc prendre les mesures nécessaires pour garantir que les taxes sur les véhicules à moteur applicables aux véhicules routiers acheminés en transport combiné soient réduites ou remboursées (art. 6). Elle précise que les restrictions au cabotage routier²⁶ ne s'appliquent pas aux trajets routiers du transport combiné (art. 4) car l'opération complète de transport combiné doit être considérée comme une opération de transport international unique, or les règles de cabotage ne s'appliquent pas au transport international. Mais cette exclusion ne perdurera peut-être pas car le Parlement européen, dans le cadre du paquet mobilité, a adopté plusieurs textes dont l'un prévoit que les États membres pourront soumettre aux règles encadrant le cabotage les trajets routiers initiaux et/ou terminaux effectués dans le cadre d'un trans-

23. Dimensions extérieures : 6,06 m × 2,44 m × 2,59 m ; Dimensions intérieures : 5,90 m × 2,35 m × 2,40 m ; Poids à vide : 2 300 kg ; Poids maximum : 28 000 kg.

24. Ainsi, chaque État membre doit libérer de tout régime de contingentement et d'autorisation les TC (art. 2). Il suffit que le transporteur routier soit établi dans un pays de l'UE et satisfasse aux conditions d'accès à la profession et au marché des transports de marchandises entre pays de l'UE (art. 4).

25. Art. 8 : « Le trajet routier initial ou terminal effectué dans le cadre d'un transport combiné est exonéré de toute tarification obligatoire ».

26. L'activité de cabotage routier de marchandises, telle que prévue par le Règl. (CE) n° 1072/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché du transport international de marchandises par route est subordonnée à la réalisation préalable d'un transport routier international (art. L. 3421-3 C. transp.). Et lorsqu'il est à destination du territoire français, le cabotage routier est autorisé, après déchargement des marchandises, dans la limite de trois opérations sur le territoire français. Ces trois opérations de cabotage doivent être achevées dans le délai de sept jours à compter du déchargement des marchandises ayant fait l'objet du transport international. Le cabotage doit être réalisé avec le même véhicule que celui qui a servi au transport international ou, s'il s'agit d'un ensemble de véhicules, avec le même véhicule moteur (art. L. 3421-4 C. transp.). Enfin, lorsque le transport routier international n'a pas pour destination le territoire français, il ne peut être effectué qu'une seule opération de cabotage sur le territoire français, dans le délai maximum de trois jours suivant l'entrée à vide du véhicule sur le territoire national. Cette opération de cabotage doit être achevée dans le délai de sept jours à compter du déchargement des marchandises ayant fait l'objet du transport international. Dans le cadre du paquet mobilité, un règlement n° 2020/1055 du 15 juillet 2020, applicable 18 mois après l'entrée en vigueur de l'acte législatif, est venu modifier, entre autres, le Règl. n° 1072/2009. Si le régime du cabotage tel que précédemment rappelé est maintenu, les transporteurs ne seront cependant plus autorisés à effectuer des transports de cabotage avec le même véhicule ou, s'il s'agit d'un ensemble de véhicules couplés avec le véhicule à moteur de ce même véhicule, dans le même État membre, pendant quatre jours à compter de la fin du transport de cabotage effectué dans cet État membre.

port combiné, et ce afin d'éviter une utilisation abusive²⁷. Et selon l'Union Internationale pour le transport combiné Rail-Route (UIRR), si les États usent de cette faculté, cela pourrait gravement affecter les services de transport combiné existants et entraver le développement de nouveaux services.

Si cette directive a incontestablement contribué à l'élaboration de la politique de l'Union en matière de transport combiné, le recours à ce mode ne s'est pas suffisamment développé. Plusieurs raisons peuvent être avancées, qui tiennent notamment à des investissements insuffisants dans les infrastructures intermodales et plus particulièrement les terminaux de transbordement, plus généralement à un soutien économique inefficace, ou encore en raison de certaines faiblesses de la directive. Cette dernière contient des dispositions obsolètes, en particulier sur les documents de transport²⁸, des mesures de soutien limitées, une définition du transport combiné à la fois trop rigide et ambiguë. Aussi, la Commission a proposé le 8 novembre 2017 un projet de modification de ce texte²⁹. Il fait suite à un bilan de qualité de la directive effectué par la Commission et qui incluait la consultation des États membres et des parties intéressées. Ce bilan a révélé que, bien que l'incidence de la directive « transport combiné » ait été modeste, cet acte législatif constitue l'un des instruments qui favorisent le recours au transport intermodal

de marchandises. Son efficacité pourrait cependant être améliorée en remédiant aux insuffisances repérées. Plus particulièrement, la directive révisée devra : clarifier et étendre la définition du transport combiné ; améliorer les conditions du contrôle d'éligibilité et du respect des règles ; améliorer les dispositions de la directive concernant les rapports et le suivi ; renforcer l'efficacité des mesures incitatives. Aussi, les principales propositions consistent à étendre le champ d'application et la définition du transport combiné pour englober plus largement les opérations nationales (art. 1^{er})³⁰, à simplifier les modes de preuve du transport combiné (art. 3)³¹, à étendre les mesures d'aide et d'incitation (art. 6)³² et enfin à désigner une ou plusieurs autorités compétentes pour veiller à la mise en œuvre de la directive et encourager la coopération entre États membres par l'échange d'informations (art. 9 bis). Le Parlement européen a apporté des amendements à cette proposition³³.

Mais ce toilettage de la directive, certes nécessaire, ne sera pas suffisant, si on continue d'ignorer la nature juridique de la relation qui se noue entre les acteurs.

B. Un cadre juridique contractuel incertain

Les premières décisions qui ont qualifié le rôle de l'entrepreneur de transport combiné, dans les cas où la marchandise arrivait à destination en retard ou avariée, ont, pour certaines, reconnu

27. Règl. n° 2020/1055 du 15 juillet 2020.

28. L'article 3 de la directive prévoit que les documents de transport doivent indiquer, avant l'exécution du transport et selon le mode, les gares ferroviaires ou les ports fluviaux ou les ports maritimes d'embarquement ou de débarquement, confirmés par l'apposition d'un cachet des administrations ferroviaires ou portuaires.

29. Com. 2017/648/Final 2 – 2017/0290 COD.

30. La Commission propose d'étendre le champ d'application au transport national. Chaque segment d'une opération de transport combiné ne doit pas dépasser 150 km de distance à vol d'oiseau, ou 20 % de la distance à vol d'oiseau de l'itinéraire total de transport combiné lorsqu'il est supérieure à 150 km. Les États membres peuvent prévoir des dérogations dans certains cas. Les exemptions des règles du cabotage ne s'appliquent qu'aux véhicules effectuant des segments routiers faisant partie d'opérations de transport combiné international.

31. La Commission propose une liste de documents que le transporteur devrait présenter lors des contrôles routiers. Cette preuve pourrait être présentée ou transmise par voie électronique.

32. Les États membres devraient prendre les mesures nécessaires pour soutenir l'investissement dans les terminaux de transbordement, en veillant à ce qu'aucun endroit de l'Union ne soit éloigné de plus de 150 km d'un de ces terminaux.

33. Résolution législative du Parlement européen du 27 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 92/106/CEE relative à l'établissement de règles communes pour certains transports combinés de marchandises entre États membres (COM(2017)0648 – C8-0391/2017 – 2017/0290 (COD)). Le processus législatif a été ralenti par les longues négociations sur les dossiers « paquet mobilité » concernant les règles applicables aux chauffeurs routiers. Finalement, des blocages sont apparus en 2019 et la première proposition de révision fut dès lors retirée l'an dernier. Mais dans le cadre du *Green Deal* européen qui nécessite un soutien plus fort aux solutions multimodales, un nouveau processus de révision de la directive sur les transports combinés a été lancé. Jusqu'au 16 septembre prochain, la Commission européenne consulte le public et les parties prenantes, dans le cadre de ce projet, après quoi une nouvelle proposition est attendue pour le troisième trimestre 2022 (Ref. Ares (2021)5187133 – 19/08/2021).

implicitement un contrat d'entreprise doublé d'un contrat de mandat³⁴, d'autres ont admis l'existence d'un contrat *sui generis*³⁵, ou encore d'un contrat de commission³⁶. Le commissionnaire, selon une jurisprudence aujourd'hui bien établie, est défini comme « celui qui s'engage envers le commettant à accomplir pour le compte de celui-ci les actes juridiques nécessaires au déplacement de la marchandise d'un lieu à un autre, cette convention se caractérise par la latitude laissée au commissionnaire d'organiser librement le transport par les voies et moyens de son choix, sous son nom et sous sa responsabilité, ainsi que par le fait que cette convention porte sur le transport de bout en bout »³⁷. Parfois, une même juridiction à propos de faits similaires et à quelques mois d'intervalles, pouvait dire que l'entreprise de ferroutage n'était pas commissionnaire de transport, sans toutefois préciser ce qu'elle était³⁸ et dans une autre décision qu'elle agissait en tant que transporteur et se comportait également comme commissionnaire de transport³⁹. Alors que, pour la Cour de cassation, l'entreprise de ferroutage n'ayant pas eu le libre choix des voies et des moyens, elle ne pouvait pas avoir agi en qualité de commissionnaire, pas plus qu'elle était transporteur, dès lors que la SNCF procédait seule à l'acheminement des marchandises⁴⁰. La Cour de cassation ayant renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel de Rouen⁴¹, cette dernière s'est inclinée. Mais, tout en considérant que l'entreprise de ferroutage était un mandataire, elle affirmait l'absence de lien contractuel entre la société qui avait confié les caisses mobiles contenant la marchandise et le transporteur ferroviaire, en l'occurrence la

SNCF, qui n'était donc pas tenu de l'indemniser, pas plus d'ailleurs que l'entreprise de ferroutage. La décision a été censurée, mais seulement en ce que la cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences légales de ses constatations⁴². Au regard de cette saga judiciaire, on pouvait penser que l'entreprise de ferroutage n'était ni un transporteur, ni un commissionnaire, mais un simple mandataire, que l'on appelle encore un transitaire. Ce dernier peut être défini comme un intermédiaire qui accomplit les opérations juridiques et matérielles, nécessitées par le passage des marchandises en transit, permettant ainsi d'assurer la continuité entre deux modes. Le transitaire n'étant pas plus un voiturier (il ne s'engage pas à déplacer la marchandise) qu'il n'est un commissionnaire de transport (il ne s'engage pas à organiser un déplacement), aucun des textes régissant ces notions juridiques ne lui est applicable. On considère alors qu'il est un mandataire, soumis à ce titre aux règles du droit commun du mandat (art. 1984 et s. C. civ.).

Cependant, les arrêts postérieurs des juridictions du fond, dont nous avons pu prendre connaissance, reflètent la même incertitude : tantôt le ferrouteur est qualifié de transporteur⁴³, parfois de mandataire⁴⁴, ou encore de commissionnaire⁴⁵.

Or la qualification juridique du contrat qui se noue entre le ferrouteur et son client est nécessaire pour savoir s'il est tenu par une obligation de résultat, comme l'est le transporteur ou le commissionnaire, ou d'une simple obligation de moyens, comme c'est le cas pour le mandataire. Elle est encore utile en ce que la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du transporteur

34. CA Paris, 22 janv. 1993, *BTL* 1993.403.

35. CA Paris, 3 déc. 1997, *BTL* 1998.59.

36. CA Nîmes, 28 mai 1980, *BTL* 1981.281 ; CA Caen, 6 janv. 1994, *BTL* 1994.86.

37. Com., 16 févr. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 75. Cette définition a été reprise par le contrat-type de commission (art. 1^{er}) qui figure en annexe du code des transports (art. D. 1432-3 C. transp.). Et selon le code des transports, issu d'une ordonnance n° 2010-1307, du 28 octobre 2010, le commissionnaire est « celui qui organise et fait exécuter sous sa responsabilité et en son propre nom le transport de marchandise selon les modes de son choix pour le compte d'un commettant » (art. L. 1411-1, I, 1°).

38. CA Paris, 10 avr. 1996, *BTL* 1996.557.

39. CA Paris, 6 juin 1996, *BTL* 1996.557.

40. Com., 19 janv. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 20 ; D. 1999.243, note Ph. Delebecque.

41. CA Rouen, 13 mai 2003, *JCP E* 2004.1342, obs. F. Letacq.

42. Com., 1^{er} févr. 2005, n° 03-16773, *JCP E* 2005.1571, obs. F. Letacq. La cour d'appel de renvoi (CA Caen, 6 mars 2008, *BTL* 2008.195) retient bien le lien contractuel et considère que la SNCF ayant manqué à son obligation essentielle en ne respectant pas le délai garanti, ne pouvait pas opposer une clause limitative de réparation.

43. CA Paris, 14 janv. 2010, *BTL* 2010, n° 3311 ; CA Versailles, 9 mai 2017, *BTL* 2017.334.

44. CA Paris, 27 juin 2012, *BTL* 2012, n° 3423.

45. CA Aix-en-Pce, 24 sept. 2015, n° 14/14298.

obéit à des règles particulières⁴⁶. Elle est nécessaire pour savoir si, à défaut de convention écrite, les contrats-type transport ou celui de commission vont s'appliquer⁴⁷. Elle est fondamentale pour qualifier la gravité de la faute commise susceptible de rendre inopposable les limites de réparation⁴⁸ ou encore dans le cas d'un déplacement qui franchirait une frontière pour connaître le régime juridique applicable.

Si les juges hésitent, la doctrine est également divisée sur cette question. Pour certains auteurs, rien ne s'oppose à ce que la convention de ferroutage soit qualifiée de contrat de transport⁴⁹. En effet, une entreprise peut avoir la qualité de transporteur même si elle fait exécuter le déplacement par une autre entreprise et, en ce cas précis, il s'agirait d'un contrat de transport ferroviaire puisque l'entreprise de ferroutage s'engage à effectuer un envoi par ce mode, du véhicule routier ou de l'unité de transport intermodal (UTI). Cette substitution requiert bien évidemment l'accord des parties, le juge devant alors seulement vérifier la volonté commune des contractants. Cette analyse est séduisante mais ne résiste pas à l'analyse des CGV des entreprises de ferroutage, comme nous aurons l'occasion de le voir, ces dernières ne s'engageant pas à déplacer une marchandise qui est pourtant l'obligation fondamentale et caractéristique du contrat de transport. Pour d'autres, l'exclusion de la qualification de commissionnaire de transport mériterait d'être nuancée⁵⁰. Ainsi, la circonstance que l'entreprise de ferroutage n'ait pas le choix ni du trajet ni du transporteur pour des raisons de fait, plus précisément en raison du monopole de la SNCF (du moins à l'époque des arrêts de la Cour de cassation, aujourd'hui l'ouverture à la concurrence pourrait changer la donne) ne paraît pas déterminante. En ce sens, pour certains auteurs, le contrat de ferroutage ne serait qu'une

variété de contrat de commission, en raison de la latitude laissée à l'opérateur de ferroutage d'organiser les modalités de sa coopération avec le transporteur ferroviaire⁵¹. Il faudrait plutôt prendre en considération le risque financier de l'opération, en particulier le risque de remplissage des trains, qui pèse alors sur l'opérateur de transport combiné et non plus sur l'entreprise ferroviaire. Si cette dernière analyse rend sans doute mieux compte de la réalité de l'opération, elle ne coïncide cependant pas totalement avec la définition, tant jurisprudentielle qu'aujourd'hui légale, de la commission de transport.

Cette incertitude qui demeure quant à la qualification juridique de l'opérateur de ferroutage et l'absence de responsabilité clairement définie constituent une véritable pierre d'achoppement au développement de ce mode de transport. On le sait, la sécurité juridique fait partie des paramètres de toute décision économique. Il faut donc accorder au droit privé beaucoup plus d'attention en ce que « la définition des droits individuels permet de déterminer plus facilement les termes de l'échange et de calculer à l'avance la rentabilité d'un investissement, lorsque les droits sont mal définis, il y a gaspillage des ressources »⁵².

II. Le droit privé comme levier de développement du transport combiné rail-route

Comme souvent, les acteurs économiques n'ont pas attendu une quelconque intervention du législateur pour proposer leurs services et tant que le litige n'est pas né, la nécessité d'un cadre juridique n'est pas leur priorité. Ils doivent cependant comprendre que la sécurité juridique est aussi un moyen d'attirer des clients comme les transporteurs, commissionnaires ou logisticiens

46. Telle que l'exigence d'une protestation motivée dans les 3 jours de la livraison (art. L. 133-3 C. com.), ou encore le court délai de prescription (art. L. 133-6).

47. Ces contrats-types ont ceci de particulier qu'ils sont de nature réglementaire mais supplétifs de volonté (art. L. 1432-4, art. L. 1432-12 C. transp.).

48. Il faudra prouver la faute inexcusable telle que définie à l'article L. 133-8 du code de commerce à l'encontre du commissionnaire ou du transporteur, et seulement la faute lourde telle que définie par la jurisprudence à l'encontre du mandataire.

49. V. L. Peyrefitte, « Les contrats de ferroutage et les contrats de lancement spatial sont-ils des contrats de transport ? », in *Études offertes à B. Mercadal*, éd. F. Lefebvre, 2002, p. 496 à 499.

50. V. Ph. Delebecq, *D.* 1999, p. 243.

51. V. L. Guignard, *Sous-traitance et transport*, thèse Montpellier, Litec, 2001, n° 814 et s.

52. Extrait de l'Index de la sécurité juridique (ISJ) rapport pour la Fondation pour le droit continental-MAI 2015, Travail réalisé sous la direction de B. Deffains et C. Kessedjian. Importance du cadre juridique pour le développement économique (p. 35 et s.).

vers ce mode de déplacement. Deux approches sont envisageables : on peut s'attacher à la qualification juridique de celui qui opère un transport combiné (A) ou bien aménager le régime juridique du transport multimodal dont le transport combiné est un sous-ensemble (B).

A. Par la clarification du rôle de l'opérateur de transport combiné

La lecture des CGV de certains acteurs du TC est riche d'enseignements, du moins lorsqu'elles visent uniquement des prestations de TC rail-route. Un même opérateur peut en effet proposer d'autres prestations et endosse dans ce cas une multitude de « casquettes ». Mais si l'on s'en tient à celles qui visent expressément le ferroutage, il apparaît que l'opérateur de transport combiné effectue au moins trois prestations : l'organisation du chargement des UTI sur wagons, l'envoi par fer et le déchargement des UTI⁵³. On remarque d'emblée l'importance accordée à la manutention, cependant l'opérateur ne peut pas être une sorte « d'acconier terrestre »⁵⁴, car il s'oblige aussi à organiser l'envoi, mais pas le transport, ce qui exclut la qualité de transporteur. Par ailleurs, certaines CGV laissent entendre que l'opérateur peut agir en tant que commissionnaire de transport, transporteur ou prestataire logistique/dépositaire, bénéficiant ainsi des privilèges et sûretés correspondants⁵⁵. Il est également parfois précisé que l'exécution de prestations de ferroutage à l'international est soumise à la Convention relative aux transporteurs internationaux ferroviaires (COTIF) et plus particulièrement aux règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire (RU-CIM)⁵⁶. D'autres CGV distinguent selon le lieu où le dommage s'est produit, pendant le transport ferroviaire auquel cas on applique les RU-CIM en particulier pour opposer les limites de réparation prévues par celles-ci, ou en dehors de

la période d'acheminement, on applique alors des limites conventionnelles⁵⁷. En revanche, toutes prévoient une responsabilité du fait des substitués, s'éloignant de la figure du mandataire pour se rapprocher de celle du commissionnaire. On peut à cet égard relever que dans le cadre du soutien au développement du transport combiné, le gouvernement français a mis en place un régime d'aides à l'exploitation de services réguliers de transport combiné de marchandises visant à réduire le différentiel de coûts externes entre les modes massifiés (rail, voie d'eau, maritime courte distance) et la route, induit par la rupture de charge inhérente à ce mode de transport⁵⁸. Les bénéficiaires de ces aides sont définis comme tout « opérateur de transport combiné » ou « commissionnaire de transport », l'entreprise (ou le groupement d'entreprises) qui supporte, au moins sur le maillon central de transport entre terminaux terrestres ou/et maritimes, le risque financier d'organiser un service (ferroviaire, fluvial ou maritime courte distance) complet dans une chaîne de transport combiné. On retrouve ici l'idée de la prise en charge du risque et l'organisation du déplacement.

Et il nous semble que la technique de la commission de transport au sens du droit français est sans doute la plus appropriée, car le commissionnaire répond non seulement de son fait personnel mais aussi des dommages imputables aux substitués. Ce serait à n'en pas douter un encouragement pour les transporteurs routiers à confier leurs remorques, semi-remorques ou UTI sur la plus grande partie du déplacement à ce type d'opérateur, alors qu'eux-mêmes encourrent une lourde responsabilité à l'encontre de leurs clients. De plus, morceler le transport des mêmes marchandises entre plusieurs régimes de responsabilité emporte trop d'aléas pour être souhaitable.

53. V. CGV UIRR (art. 2.1), Novatrans (art. 1), Lorry-Rail (art. 2).

54. Entrepreneur de manutention qui charge et décharge la cargaison maritime à l'aide de docks. Lorsqu'il opère sur les côtes de Méditerranée, on les appelle acconiers et certains effectuent d'autres opérations telles que la réception, la reconnaissance et la garde, sur la côte atlantique et dans les ports du Nord, on parle de « stevedoring » dont le rôle se limite aux seules opérations matérielles de manutention.

55. Novatrans (art. 11).

56. Novatrans (art. 2.1), UIRR.

57. UIRR (art. 8), Lorry-Rail (art. 12.2).

58. Elles sont allouées aux opérateurs de transport combiné qui, pour des services réguliers, transbordent des unités de transport intermodales (UTI) sur le territoire français, qu'il s'agisse d'opérations de la route vers le rail, le fluvial ou le maritime courte distance hors *feeding* (transbordement de conteneurs entre grands navires de ligne et petits navires de distribution).

Mais retenir la technique de la commission de transport telle qu'elle est organisée par le Code de commerce (art. L. 132-3 et s.) peut poser problème dans le cadre de relations internationales car elle n'a pas son équivalent, notamment dans les pays de *Common law*. Par ailleurs chaque pays de l'UE règle différemment le statut des intermédiaires de transport. Il en résulte une grande diversité de régimes obligatoires ou purement contractuels avec tous les aléas et incertitude que cela peut impliquer⁵⁹. Il serait donc souhaitable de parvenir à une harmonisation des régimes juridiques, tant pour des raisons de sécurité et d'égalité de traitement dans le cadre de commerce européen, que pour des besoins propres aux modalités d'assurances.

On peut souligner qu'au niveau européen, la Commission (DG TREN⁶⁰) a déjà travaillé sur les conditions d'amélioration du transport intermodal de marchandises en Europe, dans l'optique du développement durable⁶¹, du développement de la logistique du transport de marchandises et du métier d'« intégrateur de fret »⁶² (ou « *freight integrator* »). Elle a fait réaliser plusieurs études et consultations publiques sur ces thèmes⁶³, afin de décider d'une politique claire et cohérente en la matière. Ces travaux ont surtout mis en évidence la nécessité pour les acteurs (chargeurs, commissionnaires de transport, transporteurs, assureurs) de combler l'absence de régime juridique uniforme du transport multimodal. La question de la responsabilité de l'ETM (ou « inté-

grateur de fret » dans la terminologie européenne) demeurerait l'une des principales barrières au développement de l'intermodalité en Europe. Mais pour l'heure, les projets qui se sont succédé n'ont pas abouti⁶⁴.

L'autre solution consisterait à aménager le régime juridique du transport multimodal.

B. Par l'adoption d'un régime du transport multimodal

Le transport combiné est un sous-ensemble du transport multimodal, ce dernier étant défini comme l'acheminement d'une marchandise empruntant au moins deux modes de transport différents. Par ailleurs, il est communément admis par la doctrine que le transport multimodal ou combiné est réalisé sur la base d'un seul et même contrat ; à défaut, il s'agit de transports successifs, indépendants les uns des autres, chacun obéissant à son propre régime. Mais le régime juridique du transport multimodal se heurte à l'absence de texte à dimension internationale, la seule convention sur le sujet ayant été un échec⁶⁵. Et à défaut de convention multimodale⁶⁶, les acteurs économiques ont dû se satisfaire de l'existence de conventions internationales adaptées chacune à un mode de transport particulier et dont certaines comportent des dispositions sur le transport multimodal⁶⁷. En réalité, les praticiens ont comblé ce vide par l'élaboration de règles spontanées, que ce soit celles émanant de la Chambre de commerce interna-

59. V. J. de Sentenac, « Le statut des intermédiaires de transport », *Transidit*, 2020, n° 75 (éd. spéciale), p. 79.

60. La Direction générale de l'énergie et des transports qui est un service de la Commission européenne qui a existé entre janvier 2000 et février 2010, où il a été séparé en deux services : la Direction générale des transports et de la mobilité (DG MOV) et la Direction générale de l'énergie.

61. « Intermodalité et transport intermodal de marchandises dans l'Union européenne », COM (97)243 final du 29 mai 1997, « la logistique du transport de marchandises en Europe, la clé de la mobilité durable » (COM [2006] 336 final) du 28 juin 2006.

62. COM (2001) 370 final « La Politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix ».

63. *Intermodal transportation and carrier liability* (1999), étude réalisée pour la Commission européenne DG VII par l'Université de Southampton ; *Study on freight integrators* (2003), étude réalisée pour la Commission européenne par un consortium de cinq partenaires sous la coordination du Zentrum für Logistik und Unternehmensplanung GmbH : Internationale Schelde Faculteit, European Intermodal Association, Kravag-Logistic, European Logistics Association, Berlin. http://ec.europa.eu/transport/logistics/freight_integrators/doc/final_report_freight_integrators.pdf ; *Integrated Services in the Intermodal Chain (ISIC), Final Report Task B : Intermodal Liability and Documentation* (2005), ECORYS.

64. V. M. Bernadet, I. Bon-Garcin et Ph. Delebecque, *Droit des transports, op. cit.*, spéc n° 384 et 385.

65. Convention internationale sur les transports multimodaux mise au point par les Nations Unies et adoptée, non par un vote, mais par un consensus, à Genève le 24 mai 1980. Elle a été ouverte à la signature des États à New-York le 1^{er} septembre 1980 mais n'est cependant jamais entrée en vigueur faute de ratifications suffisantes.

66. On peut citer les Règles de Rotterdam, adoptées par l'Assemblée générale des Nations unies le 11 décembre 2008 qui ne sont toujours pas entrées en vigueur, qui peuvent régler certaines opérations multimodales mais seulement lorsqu'elles s'articulent sur un transport maritime.

67. Comme l'article 2 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) ou encore l'article 1 § 3 de l'appendice B (CIM) de la Convention relative au transport ferroviaire international (COTIF).

tional en coopération avec le secrétariat de la CNUCED, ou encore les documents de transport proposé par la Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA). Mais n'ayant pas de valeur impérative, elles s'appliquent uniquement lorsqu'elles sont incorporées au contrat de transport multimodal par la volonté des parties. Par ailleurs, leur utilisation est confrontée à de nombreuses incertitudes lorsque des règles, impératives cette fois (Conventions internationales unimodales et législations nationales), sont susceptibles d'être appliquées, d'autant que celles-ci donnent lieu à des interprétations différentes selon les États. La confusion est parfois telle que de nombreux chargeurs, et les transporteurs eux-mêmes, se déclarent incapables d'indiquer quelle responsabilité et quelle indemnisation prévaudront pour un dommage donné. Ces différents aléas entraînent des répercussions financières parfois difficilement supportables.

En attendant l'application de la Convention sur le contrat de transport international entièrement ou partiellement par mer⁶⁸, dite Règles de Rotterdam, signée le 23 septembre 2009, par une vingtaine de pays, dont la France, qui a une certaine vocation à embrasser les opérations multimodales à condition qu'elles s'articulent autour d'un transport maritime⁶⁹, il faudrait peut-être que le législateur français, à l'instar de certains pays⁷⁰, adapte *a minima* notre législation interne au transport multimodal. Si on prend l'exemple de l'Allemagne⁷¹, les mêmes dispositions du Code de commerce relatives au contrat de transport sont applicables aussi bien aux transports par voie terrestre (routier et ferroviaire) qu'à ceux effectués en navigation inté-

rieure et par la voie aérienne. Le transporteur routier de marchandises, les chemins de fer, les armateurs fluviaux et les transporteurs aériens sont ainsi soumis à un ensemble de dispositions identiques⁷². Par ailleurs, la loi de 1998 a consacré cinq paragraphes aux transports effectués par des moyens de transport différents⁷³. Plus précisément, il y a transport multimodal de marchandises lorsque ce transport est effectué en vertu d'un contrat de transport unique par plusieurs moyens de transport différents, peu importe la dénomination que les parties ont donnée à leur contrat (transport multimodal, transport combiné, transport direct, etc.), et lorsqu'au moins deux de ces contrats auraient été soumis à des dispositions légales différentes. Lorsque les conditions ainsi prévues sont réunies, le droit commun des transports s'applique, la solution vaut également dans les cas où le transport multimodal a comporté des opérations effectuées en partie par la voie maritime. Cependant, dans les cas où le lieu des pertes ou des dommages à la marchandise a été clairement identifié, la responsabilité du transporteur sera déterminée, contrairement à ce qui a été prévu précédemment, par les dispositions qui auraient été applicables si le contrat de transport avait été conclu pour cette partie précise du parcours, en d'autres termes, s'il y avait eu transport unimodal, effectué sur cette partie du parcours. À titre d'exemple, et dans la mesure où le droit allemand s'applique, si le transport de marchandise de Paris à Cologne a été effectuée par le train, puis par camion jusqu'au port de Hambourg, les dispositions du code de commerce allemand s'appliqueront sur la totalité du parcours, sauf s'il est prouvé que le dommage s'est produit pendant le déplacement

68. Elle est ouverte à la ratification des États et entrera en vigueur à l'issue de la vingtième ratification ; pour l'instant seuls cinq États l'ont ratifiée : l'Espagne, le Togo, le Congo, le Cameroun et le Bénin. Par ailleurs la Convention a été intégrée dans le code CEMAC qui est le code de la marine marchande des cinq États d'Afrique centrale. Elle est donc en vigueur, à travers ce code, dans ces États.

69. V. Ph. Delebecque, *DMF* 2009, n° 702. Il suffit que le lieu de réception et le lieu de livraison ne coïncident pas avec les ports de chargement ou de déchargement et que l'un des deux soit dans un État contractant, que la phase maritime soit internationale pour que les Règles de Rotterdam s'appliquent.

70. Un certain nombre d'États ont ainsi adapté leur législation interne au transport multimodal. Selon les États, les dispositions spécifiques au transport multimodal s'appliquent aux seuls transports multimodaux internes (Allemagne), aux transports multimodaux internationaux à destination de leur territoire (Argentine), au départ de leur territoire (Inde), ou à ceux réalisés au départ et à destination de leur territoire (Brésil). V. C. Legros et V. Bailly-Hascoët, *Corridors de transports et construction du statut de l'ETM*, éd. EMS, 2012, p. 153 et s.

71. Depuis la loi du 25 juin 1998 portant réforme du droit des transports, V. G. Auchter « Le nouveau droit allemand des transports », *DMF* 1998, n° 586.

72. Articles 407 à 449 HGB. Les transports maritimes ne sont pas concernés.

73. Articles 452 et 452a à 452d HGB.

ferroviaire, auquel cas ce sont les RU-CIM qui primeront.

S'il s'agit d'une réglementation sommaire du transport multimodal ou transport combiné de marchandises, elle a le mérite, en particulier lorsque l'on ne sait pas à quel moment s'est produit le dommage, ce qui est souvent le cas lorsque plusieurs modes sont utilisés, de mettre en place un système uniforme de responsabilité.

Certes le droit français soumet aux mêmes dispositions du Code de commerce (art. L. 133-1 à L. 133-9) les transports terrestres, c'est-à-dire routier, fluvial et ferroviaire. Encore que, pour ce dernier, un doute subsiste, suite à la recodification du Code de commerce, car l'article L. 133-5 ne vise que les transporteurs routiers, fluviaux et aériens. S'agit-il d'un oubli, alors que les conditions générales de vente et de transport de fret SNCF renvoient pour partie aux dispositions du Code de commerce relatives au contrat de trans-

port et pour partie aux RU-CIM ? On observera par ailleurs que l'article L. 1432-1 du Code des transports, qui opère également ce renvoi, ignore aussi le transport ferroviaire. Enfin, le transport fluvial, tout comme le transport aérien, sont par ailleurs régis par des dispositions propres issues du Code des transports, on est loin de l'uniformisation allemande !

Mais même si l'adoption d'un instrument national serait à court terme une solution plus efficace, il n'est pas certain que cette solution soit réellement satisfaisante dans la mesure où, en matière de transport de marchandises, il nous semble que l'échelle pertinente de la réglementation est européenne, et même mondiale.

Si le choix de l'instrument juridique n'est pas aisé, il existe cependant une certitude, le recours au transport combiné prendra de l'essor si son régime juridique est identifié. **Le droit privé ne doit pas être oublié des débats !**

Dossier

Le droit face aux défis de la transition écologique

Le droit du travail face aux défis de la transition écologique

Simon Riancho

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

1. Agir. – « L'histoire du genre humain depuis l'aube de l'agriculture foisonne d'exemples de sociétés non viables : certaines ont disparu mais bien d'autres ont changé leur façon de faire et survécu »¹. La prise en compte des considérations environnementales est aujourd'hui une nécessité à l'échelle mondiale. En témoigne, à nouveau, le premier volet du sixième rapport d'évaluation publié le 9 août 2021 par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC). Pour faire face aux défis de la transition écologique, il convient donc d'agir².

2. Transition écologique. – Le terme *transition* renvoie au « passage [...] d'un état de choses à un autre »³; et, lorsque la transition se veut éco-

logique, elle suppose le passage d'un état guère attentif aux enjeux écologiques à un autre encourageant la protection de l'environnement⁴. À ce titre, toute action qui est favorable à l'environnement promeut la transition écologique.

3. Droit et transition écologique. – La prise en compte, par le champ juridique, de la transition écologique s'observe aisément. Au plan national, la Charte de l'environnement intégrée au Préambule de la Constitution de 1958⁵, comme l'existence d'un Code de l'environnement en sont de nettes illustrations. L'est également, plus récemment, la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience

1. J.R. McNeill, *Du nouveau sous le soleil. Une histoire de l'environnement mondial au xx^e siècle*, Champ Vallon, 2010, p. 471.
2. De nombreux défis sont à relever pour faire face au défi que représente la transition écologique (diminution des émissions de CO₂, attention portée aux risques environnementaux dont peut être porteuse une activité, biodiversité, etc.). Le terme « défi » peut ainsi être employé au singulier comme au pluriel.
3. *Le petit Littré*, Librairie générale française, 1990, v. « Transition ».
4. La transition écologique n'est que la suite et le complément, à l'échelle historique, d'une transition industrielle et technologique démarrée il y a plusieurs siècles. Cette attention nouvelle aux conséquences de l'activité humaine sur l'environnement a débuté il y a désormais plusieurs décennies, et tend à s'accroître dans la période récente.
5. Le Conseil constitutionnel déduit d'ailleurs du préambule de la Charte de l'environnement que la protection de l'environnement constitue un objectif à valeur constitutionnelle (Cons. const., 31 janv. 2020, n° 2019-823 QPC; v. not. *JCP G* 2020, 275, note Y. Aguila et L. Rollini; *D.* 2020, p. 1159, note S. Mabile et B. Parence). *Adde.* Au titre de l'influence de la jurisprudence, il peut aussi être observé que la Cour européenne des droits de l'Homme a consacré le droit à un environnement sain, acté en droit interne à l'article L. 110-2 du Code de l'environnement (sur ce droit, v. C. Nivard, « Le droit à un environnement sain devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *RJE* 2020, HS n° 20, p. 9 [l'auteur note que la Comité européen des droits sociaux a également reconnu un tel droit]; C. Vial, « Travail et droit à un environnement sain », *Dr. ouvr.* janv. 2011, p. 28).

face à ses effets⁶. Par ailleurs, « le droit international de l'environnement comporte de nombreuses conventions internationales, des résolutions obligatoires d'organes internationaux et un certain nombre de textes non obligatoires ("soft law") dont l'importance ne saurait être mécon nue »⁷.

Mais la protection de l'environnement et la mise en œuvre de la transition écologique ne sont pas seulement le fait d'un droit spécial (le droit de l'environnement). Chacune des branches du droit peut être affectée par la problématique environnementale⁸, dont le droit du travail⁹.

4. Droit du travail et transition écologique. –

Le travail salarié – objet du droit du travail – est l'un des aspects du fonctionnement de l'entreprise. Or, cette dernière est un acteur majeur de la transition écologique, et la manière d'appréhender juridiquement la relation de travail en son sein ne peut être détachée de ce défi. Sur le plan individuel, les rapports de travail peuvent être affectés par la transition écologique. Souvent, l'attention à l'environnement se concrétise par un encadrement juridique du milieu dans lequel la relation de travail s'insère (des liens entre les enjeux de santé, de sécurité et de transition écologique se dévoilent alors)¹⁰. Par ailleurs, les modalités de l'activité économique (par exemple, avec le télétravail), ainsi que des secteurs économiques (comme l'automobile), se transforment.

L'emploi, les conditions de travail, doivent s'adapter en conséquence. Les relations collectives ne sont pas en reste. Ainsi, les représentants des salariés peuvent promouvoir, par leurs actions, la transition écologique. Et l'employeur peut, avec les organisations syndicales, agir au-delà de ses obligations légales en s'engageant, par exemple, par le biais d'accords collectifs.

Mais, s'il existe des interactions entre le droit du travail et la transition écologique, ce thème ne semble pas faire partie des sujets de recherche dominants du droit du travail. En témoigne notamment le fait que les manuels de la discipline, comme ceux du droit de l'environnement du reste, ne lui consacrent que peu de pages¹¹. Mais si la transition écologique n'est pas au cœur de la matière telle qu'elle est actuellement appréhendée, il n'empêche que de nombreux liens existent; ils sont de plus en plus importants, et se révèlent être plus ou moins explicites.

5. Acteurs. – Pour ordonner l'appréhension de ces liens, il est envisageable de raisonner à partir des acteurs des relations de travail. Ceux-ci peuvent inscrire leur action dans la transition écologique et, parfois, cette action est favorisée par les normes de droit qui les poussent à agir en tenant compte des considérations environnementales. Mais, d'autres fois, ces mêmes acteurs peuvent être seuls à l'origine d'une action pro-

-
6. Loi qui fait suite au travail, original, de la convention citoyenne pour le climat.
 7. M. Prieur, avec la collaboration et J. Bétaille, M.-A. Cohendet et al., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 2019, 8^e éd., § 25. Nous renvoyons à cet ouvrage pour approfondir les sources internationales et européennes du droit de l'environnement.
 8. Les articles 1246 et s. du Code civil, par exemple, sont relatifs au préjudice écologique; ont été insérés, par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, au sein du Code de commerce, les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 relatifs au devoir de vigilance (sur ce devoir, v. not. le dossier à la revue *Dr. social.* 2017, p. 792 et s.).
 9. Plus largement, au sein du droit social, le droit de la protection sociale est également étroitement lié à la transition écologique : « Les systèmes de protection sociale sont la première ligne de protection contre les effets négatifs des différents risques sur le revenu, y compris ceux qui découlent du changement climatique et de la dégradation de l'environnement local. Ils soutiennent l'économie en stabilisant les revenus des ménages » (*Une économie verte et créatrice d'emploi*, OIT, 2018, p. 14).
 10. L'illustrent les problématiques tenant à l'amiante, ou encore le travail au sein d'installations spécifiques comme celles de nature nucléaire.
 11. Peuvent être relevés, notamment, les § 1270 à 1278 in M. Prieur, avec la collaboration et J. Bétaille, M.-A. Cohendet et al., *Droit de l'environnement*, op. cit. Par ailleurs, un sondage au sein des manuels du droit du travail montre qu'il n'est guère d'usage de consacrer une étude aux liens entre le droit du travail et le droit de l'environnement (à ce titre peut être relevée la présence dans l'index de certains manuels d'une entrée correspondant à d'autres disciplines juridiques [tel que le droit pénal, le droit public], mais le droit de l'environnement n'en fait pas partie : v. en ce sens G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 34^e éd., 2021, ou encore P. Lokiec, *Droit du travail*, PUF, 2019). Adde. Des travaux sur ce thème peuvent toutefois d'ores et déjà être mentionnés : not. la thèse de C. Vanuls, *Travail et environnement*, PUAM, 2014; le *JurisClasseur Environnement et Travail* de M.-P. Blin-Franchomme et I. Desbarats; ou encore le dossier au sein des *Cahiers sociaux* (2017, n° 11). S'était également tenu à Toulouse, en 1993, un colloque sur le thème *Droit du travail et droit de l'environnement* (Despax y avait d'ailleurs relevé que « les eaux juridiques mêlées, celle du droit du travail et du droit de l'environnement, sont d'une exceptionnelle richesse », *Droit du travail et droit de l'environnement*, colloque SFDE 1993, Litec, 1994).

pire à la transition écologique¹². Il convient donc d'observer, en lien avec les sources du droit du travail, d'une part, les cas où la transition écologique est *impulsée* (I), et d'autre part, ceux où elle est *spontanée* (II). À cette fin, l'accent sera mis sur le droit national, mais, parfois, des incursions dans le droit supranational seront également opérées¹³.

I. La transition écologique impulsée

6. Plan. – Le droit favorise l'inscription de l'action des acteurs dans une démarche de transition écologique, et cela peut s'opérer de deux manières. D'une part, ce peut être par une *mobilisation indirecte* des acteurs que l'attention à l'environnement est révélée (A). Le champ de la santé et de la sécurité au travail en témoigne spécialement¹⁴. D'autre part, le droit rend compte, par diverses règles, d'une volonté de *mobilisation directe* des acteurs, afin qu'ils intègrent le défi de la transition écologique dans leur action (B). Le cas échéant, les normes rendent compte de manière bien plus explicite de la considération portée à la transition écologique.

A. Mobilisation indirecte

7. Droit supranational. – La mobilisation indirecte peut s'observer par le biais de la prévention à l'échelle supranationale. L'Organisation internationale du travail intervient de diverses manières pour garantir la santé et la sécurité au travail, et ce spécialement dans les secteurs où des risques environnementaux existent¹⁵. Elle intervient, par exemple, concernant la sécurité dans l'usage des produits chimiques : « Le Département des activités sectorielles de l'OIT et le Département des conditions de travail et de l'environnement mènent des activités normatives générales et des activités opérationnelles intéressant les questions de santé, de sécurité et d'environnement posées par les produits chimiques. [Ils] veillent ainsi à promouvoir l'application de la convention [n° 170] sur les produits chimiques »¹⁶, datant de 1990. Le préambule de cette convention énonce d'ailleurs de manière significative que « la protection des travailleurs contre les effets nocifs des produits chimiques *renforce aussi la protection du public et de l'environnement* »¹⁷. Il apparaît ainsi que « la prise en compte de l'environnement est [...] une finalité attachée aux conventions internationales qui

12. Action qui s'appuie, toutefois, sur le droit.

13. Incursions justifiées par l'importance du droit supranational en certains points de liaison du droit du travail et de la transition écologique.

14. En 2009, le Professeur Héas faisait le constat que « c'est essentiellement par le biais de la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité et donc, de l'organisation générale du travail, que la sauvegarde de l'environnement peut être appréhendée dans l'entreprise » (F. Héas, « La protection de l'environnement en droit du travail », *RDT* 2009, p. 565).

15. Mais l'étude de la prévention des risques environnementaux n'est pas le seul aspect permettant de lier l'Organisation internationale du travail à la transition écologique. L'ensemble des actions de l'Organisation internationale du travail ne peut toutefois être mentionné dans le cadre de cet article. Pour illustrer néanmoins un autre type d'action de l'Organisation internationale du travail, peuvent être mentionnés les « emplois verts ». Le Programme des emplois verts témoigne de « l'engagement de l'OIT à agir sur le changement climatique et à promouvoir des sociétés économes en ressources et à faibles émissions de carbone ». Ce Programme a ainsi « assisté plus de 30 pays en développant de l'expertise et des outils » (tels que l'élaboration d'études, de rapports, de diagnostics) pour mieux appréhender les liens entre le travail et l'environnement (v. la présentation à l'adresse internet suivante : https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_344815/lang-fr/index.htm [consultée le 30/08/2021]). *Adde*. Le choix a été fait ici d'insister sur l'aspect international de la prévention, mais elle existe également à l'échelle européenne. Notamment, par le biais de la Charte sociale européenne et du Comité européen des droits sociaux : l'article 11 [de la Charte sociale européenne], qui reconnaît le droit à la santé, a été interprété très tôt comme englobant des considérations environnementales ». Pour approfondir, v. C. Nivard, « Le droit à un environnement sain devant la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., spéc. p. 20 et s.; v. également une note du comité directeur pour les droits de l'Homme, en date du 9 juin 2004, sur le thème « La Charte sociale européenne révisée et le droit à la protection de l'environnement » (il y est indiqué que « bien que la Charte sociale européenne révisée ne reconnaisse pas expressément un droit à la protection de l'environnement, le système de la Charte contribue à la protection de l'environnement par l'effet de l'article 11 (droit à la protection de la santé) et de son interprétation dans la jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux. [...] Le Comité a interprété l'article 11 comme comprenant le droit à un environnement sain [Conclusions XV-2, 2001] »).

16. A. Laude et J.-M. Pontier (dir.), *Lamy Droit de la santé*, n° 140-24.

17. Souligné par nous.

organisent une protection contre les risques dits spécifiques »¹⁸.

Outre la convention sur les produits chimiques, peut aussi être mentionnée à titre d'illustration la convention n° 17 sur la prévention des accidents industriels majeurs (1993). Plutôt que sur un risque spécifique, l'accent peut aussi être mis sur la protection de populations particulièrement menacées par les atteintes environnementales : la convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux (1989), « exige la réalisation d'études d'impact sur l'environnement dans le cadre d'activités de développement susceptibles d'avoir une incidence sur cette population »¹⁹.

8. Droit national. – En droit interne, la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs est également primordiale. En ce sens, les dispositions de la quatrième partie du Code du travail sont nombreuses. L'article L. 4121-1 du Code du travail affirme clairement que « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs »²⁰. Il est tenu d'une obligation de moyens²¹, et doit en conséquence mettre en œuvre les principes généraux de prévention énoncés à l'article L. 4121-2 du Code du travail, d'où il résulte notamment qu'il importe d'« éviter les risques » et d'« évaluer [ceux] qui ne peuvent pas être évités ». Dans les hypothèses où la réalisation de ces risques serait de nature à porter atteinte à l'environnement, la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs protège indirectement l'environnement²².

Une telle protection apparaît encore plus clairement lorsqu'est en jeu la sécurité du salarié travaillant au sein d'installations dites « classées », *du fait de leur dangerosité pour l'environnement*²³.

*nement*²³. Ces activités à risque font l'objet de règles spécifiques, par exemple pour protéger le salarié des rayonnements ionisants produits par la radioactivité²⁴. La protection peut également s'étendre à des travailleurs qui ne sont pas salariés de l'entreprise classée : ainsi, au sein des établissements comprenant une installation dite « Seveso 3 seuil haut », « l'employeur définit et met en œuvre une formation aux risques des chefs d'entreprises extérieures et de leurs salariés ainsi que des travailleurs indépendants qu'il accueille »²⁵. De même, les membres des institutions représentatives du personnel peuvent suivre des formations afin de mieux appréhender les risques liés à certaines activités : ainsi, dans un établissement comprenant une installation nucléaire, les représentants du personnel au comité social et économique « bénéficient d'une formation spécifique correspondant aux risques ou facteurs de risques particuliers, en rapport avec l'activité de l'entreprise »²⁶. Parfois, des institutions propres sont même créées : il en va ainsi avec la mise en place d'un comité interentreprises de santé et de sécurité au travail dans le cadre d'un plan de prévention des risques technologiques²⁷. Là encore, par le biais de règles spécifiques ayant vocation à assurer la sécurité et la santé des travailleurs au sein de l'entreprise, le bon fonctionnement de l'entreprise et l'absence d'atteinte à l'environnement sont promus.

Mais le droit tend aussi à mobiliser plus directement les acteurs, en faveur de l'environnement et de la transition écologique.

B. Mobilisation directe

9. Plan. – Les règles juridiques incitent parfois expressément les acteurs des relations de travail

18. F. Héas, « La protection de l'environnement en droit du travail », préc. Au-delà de considérations tenant à la santé et à la sécurité des salariés, c'est donc aussi la « conscience environnementale », participant du processus de transition écologique, qui est à l'origine de ces règles préventives.

19. A. Laude et J.-M. Pontier (dir.), *Lamy Droit de la santé-Expert*, n° 140-24 (v. l'article 7 de la convention n° 169).

20. De son côté, le salarié n'est pas en reste. Conformément à l'article L. 4122-1 du Code du travail, il lui incombe « de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail ».

21. Soc., 25 nov. 2015, *Bull. civ. V*, n° 234 (*RJS* 2/16, n° 123 ; *Dr. soc.* 2016, p. 457, par P.-H. Antonmattei ; *JCP S* 2016, 1011, étude M. Babin ; *D.* 2016, p. 807, chron. P. Lokiec ; *D.* 2016, p. 144, chron. E. Wurtz).

22. L'influence sur la santé du contexte environnemental est prise en compte dans la notion d'*exposome*, qui recouvre « l'intégration sur la vie entière de l'ensemble des expositions qui peuvent influencer la santé humaine » (art. L. 1411-1 CSP).

23. On parle d'installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE).

24. Art. R. 4451-1 et s. C. trav.

25. Art. L. 4142-3 C. trav.

26. Art. L. 4523-10 C. trav.

27. Art. L. 4524-1 C. trav.

à tenir compte de l'enjeu de la transition écologique. Cela peut s'observer dans le champ du droit de la négociation collective (1), et en dehors (2)²⁸.

1. Négociation collective

10. Négociation collective obligatoire. – Le Code du travail contient un Titre intitulé « Domaines et périodicité de la négociation obligatoire ». Ce titre est structuré par un triptyque distinguant les normes d'ordre public, le champ de la négociation collective, et les dispositions supplétives. Au titre des dispositions d'ordre public délimitant le champ de la négociation collective (que ce soit au niveau de la branche ou de l'entreprise), il n'est pas prévu, expressément, d'obligation de négociation relativement aux enjeux environnementaux²⁹. En revanche, certaines dispositions supplétives sont, elles, expressément liées à la transition écologique.

Ainsi, au niveau de la branche, le législateur prévoit une négociation triennale « pour négocier sur les conditions de travail, la gestion prévi-

sionnelle des emplois et des compétences, *notamment pour répondre aux enjeux de la transition écologique* »³⁰. Il précise que cette négociation peut se décliner à l'échelle du territoire et s'appuie sur les travaux de l'observatoire prospectif des métiers et des qualifications mis en place au niveau de chaque branche; cet observatoire devant porter une attention particulière aux mutations professionnelles liées aux filières et aux métiers de la transition écologique et énergétique³¹.

L'objectif de répondre aux enjeux de la transition écologique se retrouve au sein de la négociation d'entreprise sur la gestion des emplois et des parcours professionnels³². Par ailleurs, à cette échelle, il est aussi prévu que dans les entreprises de cinquante salariés et plus, dont cinquante salariés au moins sont employés sur un même site, doivent être négociés au titre de la qualité de vie au travail les mesures visant à améliorer la mobilité des salariés entre leur lieu de résidence habituelle et leur lieu de travail, notamment en réduisant le coût de la mobilité et en incitant à

28. Les propos suivants se concentreront sur le droit national, mais il convient d'avoir à l'esprit que certaines normes supranationales tendent également à favoriser une telle mobilisation des acteurs. Par exemple, l'Organisation de Coopération et de Développement Économique, est à l'origine des *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* contenant un chapitre relatif à l'environnement et intégrant des considérations relatives aux travailleurs. Une remarque similaire peut être faite au regard de la recommandation n° 205 de l'Organisation internationale du travail, sur l'emploi et le travail décent pour la paix et la résilience (2017).

29. Pour autant, certaines des négociations obligatoires pourraient prendre en compte de tels enjeux. Il en va ainsi de la négociation obligatoire de branche relative aux conditions de travail, ou encore à la prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1 du Code du travail (art. L. 2241-1 3° C. trav.). En outre, dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, le législateur prévoit que l'employeur engage au moins une fois tous les quatre ans une négociation portant notamment sur la qualité de vie au travail (art. L. 2242-1 2° C. trav.). Une telle qualité de vie peut être liée à la prise en compte de données favorables à l'environnement. Par exemple, pourrait intégrer une telle négociation l'état des bâtiments au sein desquels est effectué le travail des salariés.

30. Art. L. 2241-12 C. trav.; souligné par nous; cette référence à l'écologie est issue de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021. *Adde.* L'actualité donne un exemple de l'importance de tels enjeux de la transition écologique. Dans le cadre du Pacte vert pour l'Europe, la Commission européenne a présenté le 14 juillet 2021 des propositions en vue de réduire les émissions nettes de gaz à effet de serre d'au moins 55 % d'ici à 2030. Est envisagée notamment l'interdiction de la commercialisation des véhicules thermiques à partir de 2035. Ainsi qu'il a pu être relevé, « cette révolution, cependant, va avoir un impact considérable sur un grand nombre d'activités et sur l'emploi. Par la sophistication et la large diffusion de ses produits, l'industrie automobile est au sommet de la chaîne de valeur industrielle. Sa production et son usage nécessitent le concours de myriades d'entreprises de toutes tailles, aussi bien dans la mécanique que dans les services. En France, selon le Comité des constructeurs d'automobiles, la filière fait travailler plus de 2 millions de personnes, du garagiste au fabricant d'acier, dont 200 000 dans l'industrie automobile. Tous vont être affectés – en premier lieu ceux qui participent à la fabrication des moteurs » (*Le Monde*, 2 août 2021, éditorial).

Il peut être également relevé que la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 a attribué une nouvelle mission aux opérateurs de compétence en matière de formation professionnelle, consistant à informer les entreprises sur les enjeux liés au développement durable et à les accompagner dans leurs projets d'adaptation à la transition écologique, notamment par l'analyse et la définition de leurs besoins en compétences (art. L. 6332-1 I C. trav.).

31. Art. L. 2241-12 al. 2 C. trav.

32. Art. L. 2242-20, tel que modifié par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021.

l'usage des modes de transport vertueux (c'est-à-dire respectueux de l'environnement)³³.

11. Hors négociation collective obligatoire. – En dehors du champ de la négociation collective obligatoire, il arrive à nouveau au législateur d'inciter à une négociation favorable à l'environnement. Le télétravail illustre une telle situation. Pour rappel, celui-ci est mis en place dans le cadre d'un accord collectif ou, à défaut, par une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social et économique, s'il existe³⁴. Et le droit positif prévoit notamment que l'accord collectif applicable ou, à défaut, la charte élaborée par l'employeur, précise notamment les conditions de passage en télétravail, en particulier en cas d'épisode de pollution, et les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail³⁵.

Mais la mobilisation des acteurs pour faire face au défi de la transition écologique ne s'opère pas uniquement par la voie de la négociation collective.

2. Hors négociation collective

12. Alerte. – Pour rappel, « l'alerte consiste, pour certaines autorités habilitées [voire certains individus], à demander des explications aux dirigeants [d'une entreprise] dès la constatation de certains faits »³⁶, et notamment de faits pouvant affecter l'environnement. Il existe en droit du travail un droit d'alerte original qui constitue,

justement, un mécanisme de protection directe de l'environnement³⁷. Ce droit semble s'inscrire³⁸ dans la continuité des articles 2 de la Charte de l'environnement³⁹ et L. 110-2 du Code de l'environnement⁴⁰. Plus précisément, il est prévu depuis 2013⁴¹ que « le travailleur alerte immédiatement l'employeur s'il estime, de bonne foi, que les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement »⁴². Outre le salarié, le représentant du personnel au comité social et économique, de lui-même ou après avoir été informé d'un risque grave par un travailleur, peut également user d'un tel droit d'alerte⁴³. Postérieurement, l'employeur doit informer l'individu à l'origine de l'alerte des suites qu'il donne à celle-ci. En cas de divergence sur le bien-fondé d'une alerte transmise ou en l'absence de suite dans un délai d'un mois, le représentant de l'État dans le département pourra être saisi⁴⁴.

13. Comité social et économique. – Le comité social et économique peut aussi être amené à intervenir. Ainsi, il est réuni « à la suite de tout accident ayant entraîné ou ayant pu entraîner des conséquences graves, ainsi qu'en cas d'événement grave lié à l'activité de l'entreprise, ayant porté atteinte ou ayant pu porter atteinte à la santé publique ou à l'environnement »⁴⁵. La loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 a également

33. Art. L. 2242-17 8° C. trav. Cette amélioration de la mobilité doit aussi s'opérer par la prise en charge des frais mentionnés aux articles L. 3261-3 et L. 3261-3-1 du Code du travail. Ces deux articles prévoient respectivement que, d'une part, l'employeur peut prendre en charge tout ou partie des frais de carburant et des frais exposés pour l'alimentation de véhicules électriques, hybrides rechargeables ou hydrogène engagés pour les déplacements entre la résidence habituelle et le lieu de travail de ses salariés, et d'autre part, qu'il peut prendre en charge tout ou partie des frais engagés par ses salariés se déplaçant entre leur résidence habituelle et leur lieu de travail avec leur vélo (électrique ou non), ou en tant que conducteur ou passager en covoiturage, ou en transports publics de personnes, ou à l'aide d'autres services de mobilité partagée.

34. Art. L. 1222-9 I C. trav.

35. Art. L. 1222-9 II 1° C. trav.

36. S. Guinchart et Th. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, Dalloz, 2020, v. « Procédure d'alerte ».

37. Pour approfondir sur l'alerte et la protection de l'environnement, v. not. B. Teysié, « L'alerte en matière de santé publique et d'environnement », *JCP S* 2015, 1370.

38. Cela fut relevé par A. Casado, *in* « Lanceur d'alerte et protection de l'environnement », *BJT* nov. 2019, p. 59.

39. « Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ».

40. « Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement, y compris nocturne » (al. 2).

41. Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013.

42. Art. L. 4133-1 C. trav. La nécessité d'un risque « grave » tend à éviter que des alertes intempestives ne soient formées par les salariés. Mais, à la condition que la bonne foi du salarié soit démontrée (ce qui, en pratique, ne sera pas toujours aisé), une mauvaise appréciation de sa part est tolérée.

43. Art. L. 4133-2 du Code du travail (à rapprocher de l'art. L. 2312-60 C. trav.). Pour le représentant du personnel, la « bonne foi » n'est pas mentionnée par le texte.

44. Art. L. 4133-3 C. trav.

45. Souligné par nous ; art. L. 2315-27 C. trav.

renforcé la prise en compte de l'environnement dans les attributions du comité social et économique : dans les entreprises de plus de cinquante salariés, il doit tenir compte des conséquences environnementales des décisions de l'employeur⁴⁶; et, lors des consultations, l'employeur doit informer le comité « des conséquences environnementales » des mesures qu'il envisage de prendre au titre de la gestion de l'entreprise, ce dans un champ extrêmement vaste⁴⁷, mais également des conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise⁴⁸. Cette même loi a également intégré dans la mission de l'expert-comptable, pouvant accompagner le comité social et économique lors des consultations récurrentes, la prise en compte de données environnementales⁴⁹.

14. Informations. – Afin que les acteurs de l'entreprise puissent se saisir des enjeux environnementaux, encore faut-il qu'ils disposent d'informations suffisantes et pertinentes⁵⁰. Sont donc prévues des obligations juridiques telles que la transmission d'informations relative à la responsabilité sociale et environnementale des sociétés commerciales lors de la négociation annuelle sur la situation économique et financière⁵¹; ou encore la mention d'informations environnementales au sein de la base de données économiques, sociales et désormais *environnementales*⁵². Toujours au titre des obligations d'informations, est également imposée l'élaboration d'un bilan environnemental lorsque

l'employeur recherche un repreneur après avoir informé le comité social et économique du projet de fermeture d'un établissement⁵³.

15. Que ce soit par le biais de l'alerte, par l'implication des représentants des salariés, de l'expert-comptable, ou encore par la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, le droit cherche à promouvoir des comportements vertueux écologiquement⁵⁴. Les éléments étudiés montrent que le droit du travail est une ressource pour protéger l'environnement, et favoriser la transition écologique. Mais, au-delà de l'explicité, les acteurs des relations de travail peuvent user du droit du travail pour faire face au défi de la transition écologique de façon spontanée, c'est-à-dire que sans que les normes elles-mêmes ne les poussent en ce sens.

II. La transition écologique spontanée

16. Plan. – Parler de transition écologique spontanée signifie que les acteurs du droit du travail peuvent user de mécanismes juridiques afin de favoriser la protection de l'environnement, et ce alors que l'existence même de ces mécanismes n'est pas liée à des considérations environnementales⁵⁵. Cette action spontanée des acteurs peut être *négociée* (B), lorsqu'elle s'appuie sur la négociation collective (nationale comme transnationale)⁵⁶, mais elle peut aussi se concrétiser par la voie *non négociée* (A).

46. V. ainsi la nouvelle rédaction de l'article L. 2312-8 du Code du travail issue de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021.

47. V. là aussi la nouvelle rédaction de l'article L. 2312-8 du Code du travail.

48. Art. L. 2312-17 C. trav.

49. V. les art. L. 2315-87-1 et L. 2315-91-1 C. trav.

50. Sur ce thème, au-delà du droit du travail, v. not. A.-S. Epstein, « La compatibilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée », *RJE* 2020, HS n° 20, p. 137.

51. Art. L. 2312-25 C. trav.

52. Art. L. 2312-36 C. trav. L'évolution terminologique relative au nom de la base de données, intégrant désormais la référence à l'environnement, résulte de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021.

53. Art. L. 1233-57-14 C. trav.

54. De nouvelles pistes sont parfois envisagées : la Convention citoyenne pour le climat avait ainsi, un temps, envisagé une proposition tenant à la réduction du temps de travail afin de diminuer les émissions de gaz à effet de serre (v. C. Lecoeuvre, « Travailler moins pour polluer moins », *Le Monde Diplomatique*, juin 2021, p. 20).

55. La démarche est à rapprocher de ce qui a été appelé un « droit social à vocation environnementale » (A. Casado, « Le droit social à vocation environnementale », *D.* 2019, p. 2425; l'auteur relève que « Conceptuellement, le D. Save poursuit un objectif de protection de l'environnement par la mise en œuvre de normes de droit social : la règle n'est plus mobilisée en vue de régler seulement les relations entre les différents acteurs du monde du travail, mais également afin de protéger l'environnement »).

56. Le choix est fait d'approfondir la négociation collective car c'est là que, semble-t-il, existe la plus importante réserve de ressources pour agir en faveur de l'environnement au sein des normes négociées. Mais il n'est pas contestable que d'autres mesures pourraient intégrer, par exemple, le contrat de travail pour faire face au défi de la transition écologique.

A. L'action spontanée non négociée

17. Plan. – L'action spontanée non négociée peut s'observer, de façon classique, au prisme de règles qui relèvent des relations *individuelles* de travail (1), ou des relations *collectives* (2).

1. Les relations individuelles de travail

18. Engagement unilatéral de l'employeur. – L'employeur pourrait s'engager unilatéralement vis-à-vis de ses salariés à mener des actions favorisant la transition écologique, notamment en cherchant à améliorer la qualité de vie au travail. Par exemple, il pourrait prendre l'engagement auprès des salariés de leur offrir, dans le cadre de leur restaurant d'entreprise, la possibilité de déguster quotidiennement un repas respectueux des labels relatifs à une alimentation dite « biologique ».

19. Perturbation. – Mais la prise en compte des considérations environnementales ne pourrait-elle pas engendrer une perturbation de la relation de travail, de nature à nuire à la situation des travailleurs ? Se pose, par exemple, la question de savoir si l'adaptation d'une entreprise à la transition écologique, décidée par un employeur, pourrait justifier des licenciements pour motif économique. Un motif économique n'est, en principe, pas un motif écologique ; toutefois les deux ne sont pas séparés par une cloison pleinement étanche. Aux termes de l'article L. 1233-3 du Code du travail, participent de l'existence d'un motif économique, notamment, des difficultés économiques, des mutations technologiques, une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou la cessation d'activité. L'emploi, dans la loi, du terme « notamment », pourrait permettre au juge de dévoiler de nouvelles hypothèses constitutives d'un motif économique, mais un motif strictement environnemental semblerait trop éloigné des considérations économiques pour asseoir une telle innovation. De sorte que c'est de manière indirecte qu'une (in)adaptation des entreprises au changement climatique pourrait être de nature à entraîner des licenciements pour motif économique : par exemple, si des difficultés économiques en résultaient, ou si des mutations technologiques ou une réorganisation de

l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité étaient rendues indispensables pour permettre à l'entreprise de se transformer en tenant compte de la transition écologique.

20. Règlement intérieur et note de service. – Afin d'inscrire son action dans une démarche respectueuse de l'environnement, l'employeur pourrait également imposer à ses salariés certains comportements généraux et permanents s'imposant dans le cadre du règlement intérieur ou d'une note de service le complétant⁵⁷. Par exemple, un employeur mettant à disposition de ses salariés les moyens d'opérer le tri sélectif pourrait leur imposer d'opérer au quotidien un tel tri. En pratique, le non-respect de ses règles, d'autant plus s'il se répétait, pourraient caractériser un comportement d'insubordination entraînant une sanction.

Ainsi que ces illustrations en témoignent, les relations individuelles de travail peuvent être le support d'actions des acteurs des relations de travail en faveur de la transition écologique. Un tel constat peut également être fait à l'aune des relations collectives de travail.

2. Les relations collectives de travail

21. Comité social et économique. – Le comité social et économique bénéficie de prérogatives pouvant intéresser la transition écologique. Il peut notamment faire appel à un expert habilité lorsqu'un risque grave, identifié et actuel, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constatée dans l'établissement⁵⁸. Or, un tel risque pourrait être de nature environnemental, de sorte que le comité userait de l'expertise pour mieux en appréhender les contours et envisager les modalités de sa disparition ou de son atténuation.

22. Syndicat. – Le syndicat est un acteur qui peut porter des revendications. Celles-ci doivent intéresser les salariés, et pourraient être de nature à favoriser la transition écologique. De telles considérations environnementales ne sont en effet pas exclusives de leurs larges attributions, consistant à étudier et défendre les « droits ainsi que les intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mention-

57. Sur le règlement intérieur, v. les art. L. 1321-1 et s. C. trav.

58. Art. L. 2315-94 1° C. trav.

nées dans leurs statuts ». Ce sont les délégués syndicaux ou les représentants de sections syndicales qui pourront, en pratique, porter de telles revendications.

23. Formation. – Une autre nouveauté de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 est d'avoir intégré la question environnementale dans la formation des représentants des salariés. L'objectif est ainsi de les sensibiliser à ce thème, afin que les syndicats et comités sociaux et économiques se saisissent davantage de ces problématiques. À cette fin, la formation dont peuvent bénéficier les salariés exerçant des fonctions syndicales est désormais appelée « formation économique, sociale, *environnementale* et syndicale »⁵⁹; et concernant la formation des membres titulaires du comité social et économique, dans les entreprises de plus de cinquante salariés, celle-ci « peut notamment porter sur les conséquences *environnementales* de l'activité des entreprises »⁶⁰.

24. Droit de grève ? – L'étude du droit de grève, enfin, interroge. Pour rappel, la grève « résulte objectivement d'un arrêt collectif et concerté du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles »⁶¹. Se pose donc la question de savoir si une défense de l'environnement est de nature à intégrer la notion de « revendications professionnelles », ou si elle en est exclue⁶². Il s'avère que la jurisprudence a tendance à apprécier largement cette notion et, en définitive, la solution pourrait être semblable à celle applicable aux revendications dites politiques. Ne sont licites que les grèves dites mixtes, qui ont un objet à la fois politique et professionnel. Une grève qui n'aurait pour objet que la protection d'une considération environnementale ne serait donc pas licite si elle était sans lien avec le travail effectué par les salariés grévistes⁶³.

Il apparaît ainsi que les acteurs des relations de travail peuvent, de façon spontanée, user des normes du droit du travail pour faire face au défi de la transition écologique. Cette action peut également prendre le chemin de la négociation.

B. L'action spontanée négociée

25. Négociation collective nationale. – Au plan national, il ne faut pas écarter la possibilité pour les acteurs de négocier spontanément des accords collectifs dont le contenu, en tout ou partie, permet de contribuer à la transition écologique. C'est le cas, par exemple, des accords sur la « responsabilité sociale de l'entreprise »⁶⁴. Par exemple, le groupe Casino a signé en 2014 un tel accord de groupe, dans lequel il s'est engagé en matière environnementale. Il était ainsi précisé dans le communiqué de presse⁶⁵ relatif à cet accord l'engagement du groupe « à réduire son impact (consommations d'énergie, déchets, émission de CO₂, biodiversité) », et à « mobiliser davantage les collaborateurs notamment par la mise en place de guides éco-gestes en magasins et des formations à l'éco-conduite »⁶⁶.

Toutefois, si la négociation collective interne peut s'imprégner de considérations environnementales, étant donné que la négociation est spontanée, la prise en compte de l'environnement par les acteurs nécessitera de leur part une importante volonté de négocier. Il en est de même au niveau supranational.

26. Négociation collective supranationale – Avec un employeur. – La prise en compte des considérations environnementales peut s'opérer par les employeurs et les organisations syndicales dans le cadre de négociations collectives à l'échelle européenne ou internationale. Les partenaires sociaux (souvent des fédérations syndicales) peuvent négocier des accords transnatio-

59. Art. L. 2135-11 3° C. trav.; souligné par nous.

60. Art. L. 2315-63 C. trav.; souligné par nous.

61. Soc. 23 oct. 2007, *Bull. civ. V*, n° 169 (*D.* 2008, p. 662, note A. Bugada).

62. Cette question a déjà été soulevée *in A. Casado*, « Le droit social à vocation environnementale », *préc. Adde*. Parfois, un lien entre la grève et l'environnement se fait également jour lorsque l'exercice de la grève est de nature à porter un risque environnemental (F. Héas, « Le droit du travail est-il ouvert à la question environnementale ? », *préc.*, *spéc.* p. 116).

63. Pour approfondir, v. A. Casado, *ibid.*

64. Sur ce thème, v. Ch. Neau-Leduc, « Les accords sur la "responsabilité sociale de l'entreprise" », *Dr. social* 2008, p. 75.

65. Datant de mai 2014.

66. Il était précisé en complément que « d'ores et déjà, 75 % des hypermarchés Casino ont couvert les meubles froids positifs de portes afin de réduire la consommation énergétique, 44 centrales photovoltaïques ont été mises en service. 2 114 références Bio sont présentes dans les magasins Casino, qui ont également décidé l'arrêt de la commercialisation des poissons issus de la pêche en eau profonde ».

naux tenant compte de la protection de l'environnement avec des entreprises ou groupes de dimension européenne ou internationale⁶⁷. L'Organisation internationale du travail relevait ainsi en 2018 que « sur [...] 104 accords-cadres examinés [...], 61 [contenaient] des dispositions environnementales sur des questions telles que le respect de l'environnement en tant que responsabilité d'entreprise et les mesures de gestion des déchets, en particulier dans les secteurs manufacturier, énergétique, minier et automobile »⁶⁸. Par exemple, en juin 2018, fut signé un accord-cadre mondial sur la responsabilité sociale du groupe EDF : y était prévu au point n° 10 une contribution à une « transition juste », d'où il résultait notamment que « les signataires soutiennent les mesures en faveur d'un mix énergétique compatible avec les objectifs d'une réduction des émissions de CO₂ ». L'Organisation internationale du travail a également relevé que « la nature et le contenu des clauses environnementales ont évolué au fil du temps. On est passé de références assez générales au développement durable et à l'environnement à des clauses plus détaillées et élaborées, concernant notamment la mise en œuvre et le suivi de l'accord, la transparence et l'engagement en faveur d'une transition juste. Les ACI [accords-cadres internationaux] les plus récents sont plus concrets et précis dans leur contenu et leur champ d'application »⁶⁹.

En tout état de cause, lorsque de tels accords supranationaux sont négociés, il se peut que soient organisés des relais à des échelons plus petits de la multinationale, afin de faciliter son application. L'accord-cadre peut ainsi se décliner, au niveau local ou national, par des accords d'application⁷⁰.

27. Négociation collective supranationale – Entre partenaires sociaux. – La négociation

collective pourrait également s'opérer non pas entre des organisations syndicales et un employeur à l'échelle supranationale, mais entre partenaires sociaux exclusivement – c'est-à-dire entre organisations syndicales et patronales. En effet, au plan européen, existent des confédérations comme des fédérations. Il en est de même à l'échelle internationale. Ces organisations pourraient décider de négocier en faveur de la transition écologique. Resterait ensuite à garantir la mise en œuvre des conventions ou accords⁷¹.

En pratique, que ce soit au niveau européen ou international, une telle négociation semble plus facilement envisageable dans le cadre d'une branche professionnelle particulière, pour tenir compte de certains enjeux environnementaux qui y sont spécifiques, plutôt qu'à une échelle interprofessionnelle. Par ailleurs, il y a tout lieu de penser qu'au plan supranational, eu égard la diversité des situations des entreprises, il est plus aisé de négocier des accords entre organisations syndicales et employeurs⁷², plutôt qu'entre organisations syndicales et patronales.

28. Ouverture. – Au regard de ce panorama dressant les liens qu'entretiennent le droit du travail et la transition écologique, il apparaît que cette dernière tend à favoriser une ouverture du droit du travail à des considérations extérieures à l'entreprise⁷³. Depuis ses origines, cette discipline s'est pourtant développée en étant centrée sur l'entreprise et ses acteurs. Des normes furent élaborées pour consacrer le pouvoir de direction de l'employeur sur le salarié, tout en garantissant la sécurité de ce dernier et en permettant à celui-ci de porter sa voix, principalement à travers des collectifs (organisations syndicales et autres institutions représentatives des salariés). La prise en compte de la transition écologique, quant à elle, ouvre la relation de travail à des exigences qui semblent *d'abord* venir de l'exté-

67. V. not. M.-A. Moreau, « Les accords mondiaux d'entreprise », *Dr. social* 2018, p. 774 ; B. Teyssié, « Les accords collectifs internationaux », *JCP S* 2017, 1343.

68. *Une économie verte et créatrice d'emploi*, OIT, 2018, p. 13.

69. *Ibid.*, p. 96 ; et v. p. 99 du rapport, un tableau exposant les divers engagements se retrouvant au sein des accords-cadres internationaux en matière environnementale.

70. B. Teyssié, « Les accords collectifs internationaux », préc., spéc. § 18.

71. Plusieurs voies sont ouvertes selon l'objet de l'accord (plus précisément, dans le cadre européen, selon qu'il porte sur un domaine dans lequel l'Union européenne est compétente ou non) ; v. pour approfondir *JCI Travail Traité*, Fasc. 92-10 Droit social européen, par B. Teyssié, § 98 et s.

72. Hypothèse précédemment étudiée.

73. Cette remarque n'est pas sans rappeler l'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil, selon lequel « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

rieur, liées à l'intérêt général et à la sauvegarde de la Société.

Par ailleurs, s'il est possible de s'appuyer sur le droit du travail pour faire face au défi de la transition écologique, cela s'opère au prix d'une mutation des conditions de travail et de l'emploi, de nature à affecter plus ou moins, et de façon tantôt positive, tantôt négative, les salariés et les

employeurs au regard de leur situation actuelle. En tout état de cause, la prise en compte du défi qu'est la transition écologique par le droit du travail n'est sans doute pas arrivée à son terme. En ce sens, plus que la loi, les autres normes, spécialement celles issues de la négociation collective, pourraient être vectrices d'actions et de comportements innovants.

Perspectives

Droit de la santé

Dans chaque numéro, la *RDA* donne la possibilité à des auteurs de dessiner les contours, de tracer les évolutions récentes ou à venir d'une matière donnée. À cette fin, la liberté est la plus totale : les contributeurs présentent un libre-propos sur la discipline en général ou sur certains de ses aspects.

L'avenir du droit de la santé

Didier Truchet

p. 132

Brèves remarques sur le droit de la santé

Benoît Apollis

p. 135

Brèves observations sur les évolutions récentes de l'appréhension de la vie humaine par le droit

Bertrand Mathieu

p. 140

L'avenir du droit de la responsabilité médicale ou l'illusion d'une nouvelle responsabilité

Laurent Bloch

p. 145

Perspectives

Droit de la santé

L'avenir du droit de la santé

Didier Truchet

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Les règles relatives à l'hygiène publique et à la lutte contre les épidémies, à la pharmacie, à la médecine, aux hôpitaux et aux cliniques offrent au droit de la santé des racines historiques dont certaines plongent jusqu'à l'Antiquité. Plus que le premier, incomplet et bref Code de la santé publique de 1953, son véritable acte de naissance a été l'ouvrage de Jean-Marie Auby¹, *Le droit de la santé* (PUF, 1981). Son objet a toujours été flou car la célèbre définition que la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé a donnée de la santé en 1946² est aussi belle que juridiquement inopérante : il est impossible d'affirmer un droit à une santé ainsi conçue car l'obtention d'un « état complet de bien-être » ne dépend pas que de l'action des Hommes et des lois. Ce pourquoi, les instruments en vigueur n'affirment qu'un droit à la protection de la santé et un droit aux soins, ce qui est déjà ambitieux. Mais on s'est habitué à vivre avec cette définition et on sait fort bien ce que contient le droit de la santé. Ce contenu est devenu énorme. Il va au-delà des milliers d'articles de l'actuel Code de la santé publique : bien d'autres codes (et d'abord, le Code de la sécurité sociale) contiennent des règles qui relèvent matériellement du droit de la santé.

Sa trajectoire historique dans les quarante dernières années a été faite de constances et de ruptures. Elles détermineront aussi sa trajectoire future, mais imaginer celle-ci est évidemment

difficile, car la matière s'entend à déjouer les pronostics. Cependant, il est certain que ses caractéristiques principales demeureront : puisqu'elle concerne l'état de santé des populations et des individus, elle touche à leurs préoccupations les plus sensibles, voire les plus intimes, et au-delà, à la vie, à la mort et donc aux conceptions anthropologiques, philosophiques, politiques que l'on en a ; elle dépend étroitement des données de la science et de la progression des techniques médicales, souvent bien difficiles à appréhender par les juristes ; en France et ailleurs, elle doit aussi tenir compte d'enjeux économiques et sociaux lourds. On ne prend non plus de grands risques en affirmant qu'elle restera transversale et que ses règles seront de plus en plus communes au droit privé et au droit public, comme c'est déjà le cas pour les droits des patients, la responsabilité médicale et hospitalière, la déontologie des professionnels de santé... Il y a une raison forte à cela : l'une des caractéristiques fondamentales du système de santé français réside dans le libre choix des assurés sociaux entre un secteur de soins privé (libéral et/ou commercial) et un secteur public (les hôpitaux notamment). Depuis au moins les « ordonnances Debré » de 1958, le législateur a constamment œuvré au prix d'expérimentations et de réformes incessantes, pour assurer la collaboration de structures par ailleurs concurrentes : les agences régionales de santé en sont chargées

1. Qui fut l'initiateur, en 1982, de l'Association française de droit de la santé.

2. « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité », préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946.

aujourd'hui. On peut espérer également que le droit de la santé restera aussi imaginatif que dans le passé. Il a développé des instruments originaux à propos du contrat médical, du service public, de la territorialisation des soins, du consentement du patient, de la clause de conscience des professionnels de santé, des relations entre l'Assurance maladie et les professions et établissements de santé, de la solidarité nationale... au point qu'il déroge de plus en plus aux droits public et privé communs. Certains de ces instruments ont d'ailleurs essaimé dans d'autres champs du droit.

Le droit de la santé est aussi habitué aux ruptures radicales qui en changent durablement le cours. La bioéthique³ et la législation qu'elle suscite, ont bouleversé plusieurs de ses principes fondamentaux. L'effet de catastrophes sanitaires qui ont fait scandale a été, et reste, considérable : plus que toute autre, l'affaire du « sang contaminé » à la fin du xx^e siècle a entraîné des modifications très importantes, non seulement de notre matière, mais de bien d'autres aspects du droit français. Des cas douloureux et médiatisés ont aussi eu leur part : on songe notamment à Vincent Lambert et aux interrogations sur l'encadrement juridique de la fin de vie. Mais la rupture la plus importante à mes yeux a été politique : à la « loi Kouchner⁴ », le droit de la santé ne doit pas seulement les notions de système de santé et de démocratie sanitaire, mais surtout une révolution de perspective qui le fonde désormais sur le patient et ses droits (dont le droit, non plus au seul consentement aux soins, mais à une codécision avec le médecin).

L'avenir du droit de la santé s'inscrit dans ces constances et la consolidation des ruptures antérieures. Quelles seront les ruptures nouvelles ? L'une a été actée par la loi du 2 août 2021 avec l'ouverture de la PMA aux femmes seules et aux couples de femmes : devenue « sociétale » et non plus seulement « médicale », l'assistance à la procréation détourne le droit de la santé de son objectif sanitaire vers la satisfaction de désirs personnels nullement contrariés par des incapacités pathologiques. Cette revendication de pouvoir du sujet sur son corps et les fonctions de celui-ci, qui se manifeste aussi dans d'autres

domaines, change profondément les fondements anthropologiques et éthiques de la matière : jusqu'où ? De même, la digitalisation de la santé, l'usage des données de santé et le *machine learning*, la connexion des produits de santé mais aussi des corps, l'« augmentation » de ceux-ci vont certainement peser très lourd sur l'évolution du droit de la santé. La loi et la jurisprudence peuvent-ils, doivent-ils, indéfiniment accepter ou à l'inverse, proscrire l'usage de procédés technologiques qui remettent en cause des limites tracées par la nature ? Dès lors qu'un procédé nouveau existe, la tendance historique et jusqu'alors invincible, est de l'appliquer à l'homme et à sa santé. En matière de santé et d'éthique, le législateur dispose d'une marge constitutionnelle et nationale d'interprétation particulièrement large. La question se pose en permanence : est-il légitime d'édicter en France des interdictions ou des permissions qui n'existent pas ou plus dans d'autres pays ? Aurons-nous un jour un droit transhumaniste de la santé ?

Qu'apportera la pandémie de Covid-19 à l'évolution du droit de la santé ? À mon avis, moins que ce que l'on pourrait supposer. Certes, bien des dérogations temporaires ont été apportées à ces règles ; il faudra tirer de la crise, dans ou hors des « Ségur de la santé », les leçons nécessaires pour la préparation logistique du pays, l'organisation du système de santé et la considération due à ses agents, la répartition des compétences entre État, agences et collectivités territoriales, et l'essor (déjà engagé avant la crise) de la télémédecine... Les principales réflexions devraient porter sur le niveau de contraintes et d'atteintes aux libertés acceptable au nom de la santé publique en situation de pandémie, et sur la (ré)conciliation de la démocratie sanitaire avec la crise sanitaire. Mais il ne sera sans doute pas nécessaire de modifier en profondeur le droit de la santé, car il a toujours été programmé pour faire face à l'urgence et aux épidémies, et prévu les règles et les dispositifs adéquats. La création et la mise en vigueur d'un nouvel état d'urgence sanitaire ont frappé les esprits, mais le Code de la santé publique prévoyait depuis 2007 des « mesures d'urgence » en cas de « menaces sanitaires graves », au titre desquelles le premier

3. Le Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a été créé en 1983. L'étude du Conseil d'État *De l'éthique au droit* a été une étape importante de la réflexion (La Documentation française, Notes & Études documentaires n° 4588, 1988).

4. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

confinement a d'ailleurs été décidé en mars 2020.

En revanche, bien d'autres branches du droit, qui n'étaient pas autant armées que le droit de la santé pour faire face à un événement aussi grave, ont été et seront affectées davantage que lui par les conséquences de la crise. Ce que nous vivons confirme que les menaces sur la santé (plus encore que les menaces terroristes, les menaces environnementales, une crise économique ou sociale) peuvent soudainement bouleverser

presque tous les aspects de la vie publique du pays et de la vie personnelle de ses habitants, et donc, beaucoup des règles de fond et de procédure qui les régissent. Les préoccupations sanitaires pourraient donc avoir à moyen ou long terme un impact plus fort sur le droit français en général que sur le droit de la santé lui-même. Mais ce dernier sera sans doute l'objet d'un nouvel intérêt pratique et doctrinal dans la période qui s'ouvre.

Perspectives

Droit de la santé

Brèves remarques sur le droit de la santé

Benoît Apollis

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

1. Apparition. – Dresser des « perspectives » pour le droit de la santé a quelque chose d'évident. Car il est un droit jeune, qui ne peut donc avoir qu'un bilan relativement maigre et des perspectives de développement un peu plus assurées. Sur le plan académique, les années 1980 méritent certainement d'être marquées d'une pierre blanche. 1981, d'abord, puisqu'il s'agit de l'année de publication du premier manuel portant cet intitulé, sous la plume du Doyen Auby¹. C'est également l'année de la première édition du *Droit de la santé publique* rédigé par Jacques Moreau et Didier Truchet². En 1986 paraissait ensuite le « Que-sais-je ? » consacré à la matière, dont Jean-Michel Lemoyne de Forges assurera huit éditions jusqu'en 2012.

Naturellement, il ne faut pas omettre les ouvrages relevant du droit de la santé et publiés précédemment, au premier rang desquels le fameux *Traité de droit médical*³, le *Traité de droit pharmaceutique* du Doyen Poplawski⁴, *Le droit médical* de Paul Appleton dès 1931 dans sa première édition⁵, ou encore, avec une orientation

bien plus historique évidemment, l'œuvre de Jean Imbert sur le droit hospitalier⁶. Il reste que, pour paraphraser André Demichel à propos du droit médical, les différents objets de ces ouvrages constituent autant d'éléments du droit de la santé. Sous cette vue, leur « spécificité [...] n'est que relative, et risque même de le devenir de plus en plus »⁷.

2. Définition. – Ce constat demeure valable. À quoi correspondrait aujourd'hui un droit médical totalement séparé du droit hospitalier alors qu'un très grand nombre de médecins exercent désormais au sein d'établissements de santé, publics comme privés ? De la même façon, le droit pharmaceutique ne paraît pas pouvoir être totalement découplé des autres composantes du droit de la santé, ne serait-ce qu'en raison de la quantité de produits de santé prescrits et dispensés chaque jour dans de multiples lieux de soins. Si l'on ajoute à cela le droit de la protection sociale ou, à tout le moins, celui de l'assurance maladie⁸ et en partie celui de l'action médico-so-

1. J.-M. Auby, *Le droit de la santé*, PUF, coll. « Thémis », 1981.

2. J. Moreau et D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Dalloz, coll. « Mémentos », 1981.

3. R. et J. Savatier, H. Péquignot et J.-M. Auby, *Traité de droit médical*, Lib. tech., 1956.

4. R. Poplawski, *Traité de droit pharmaceutique*, éd. du Juris-classeur, 1950.

5. P. Appleton, *Le droit médical*, Librairie du monde médical, Paris, 1931.

6. V. not. *Le droit hospitalier de la Révolution et de l'Empire*, Librairie du Recueil Sirey, 1954 ; *Les hôpitaux en France*, 1^{re} éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 1958 ; *Histoire des hôpitaux en France* (s^e dir.), Privat, 1982 ; *Le droit hospitalier de l'Ancien Régime*, PUF, 1993.

7. A. Demichel, *Droit médical*, Berger-Levrault, 1983, p. 11. Pour une poursuite de sa réflexion dans le même sens : A. Demichel, *Le droit de la santé*, LEH, 1998, p. 16 et s.

8. V. D. Tabuteau, « Droit de la santé et droit de l'assurance maladie », *RDSS* 2008, p. 878 et s.

ciale⁹, l'on décèle une première définition possible du droit de la santé, qui se présente comme le vecteur d'unité de droits plus sectoriels et qui lui sont historiquement antérieurs. Cela ne remet bien sûr pas en cause la légitimité de ces derniers, ni leur grande vitalité – comme en témoignent les nombreuses références éditoriales contemporaines en droit médical, en droit hospitalier et en droit pharmaceutique (v. *infra*).

Toutefois, parmi les différentes conceptions que l'on peut en avoir¹⁰, l'une des principales fonctions du droit de la santé consiste, au fond, à rassembler ces différents éléments en tant qu'ils portent tous sur un pan des règles applicables aux activités de santé¹¹. Dit autrement, le droit de la santé peut toujours se définir comme « l'ensemble des règles juridiques applicables aux actions de santé »¹², quelles qu'elles soient (prévention, soins, surveillance, sécurité sanitaire, etc.), pourvu qu'il s'agisse de santé humaine.

3. Évolution. – Une telle définition implique deux conséquences, qui éclairent en bonne part la trajectoire de son évolution. En premier lieu, il ne peut y avoir de droit de la santé que s'il existe des « actions de santé ». Auby précisait lui-même que « les actions de santé englobent les actions négatives, c'est-à-dire les abstentions quand la règle de droit les vise (défaut de soins à un enfant, refus par un médecin de porter secours à un malade, etc.) »¹³. Dans leur versant positif, les actions de santé ramènent à l'idée selon laquelle « longtemps le droit sanitaire ne fut en fait que

le droit médico-légal et surtout le droit des professionnels et le droit des délits »¹⁴. Partant, si l'Histoire de la médecine plonge ses racines jusque dans l'Antiquité, la constitution d'un véritable droit de la santé a dû attendre que les actions de santé, et en particulier les actions curatives (les soins), apparaissent suffisamment efficaces pour que les professionnels qui en avaient la charge soient pleinement considérés et pour que la puissance publique admette la nécessité d'intervenir dans ce domaine. En France, elle est même intervenue puissamment depuis la seconde moitié du siècle dernier, pour faire dorénavant de la santé l'un des tout premiers postes de dépenses publiques du pays¹⁵.

En second lieu, il convient de composer avec le fait que l'objet du droit de la santé est à peu près indéfinissable. Il n'apparaît pas raisonnable, en effet, de retenir de la santé une acception trop large, à l'instar de la célèbre définition de l'Organisation mondiale de la santé : « la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». Formule généreuse, mais dépourvue d'intérêt immédiat pour déterminer le droit de la santé. Son objet est donc plus limité et le droit qui s'y applique s'est construit par étapes. De l'ère de la charité chrétienne du Moyen Âge à celle du « système de santé » actuel, en passant par le renforcement de la lutte contre les épidémies et épizooties au cours de l'Ancien Régime, l'hygiénisme de la fin du XIX^e siècle ou la mise en place du service public hospitalier à la fin du XX^e, cette histoire est

9. Rapp. D. Truchet, « La genèse de la construction des droits sanitaire et médico-social », *RDSS* 2014, p. 495 et s.

10. Comp. « Les différentes conceptions que l'on peut avoir du droit de la santé », Journée d'étude de l'AFDS, 28 oct. 2004, *RGDM* 2005, n° 15, p. 7 et s.

11. C'est ce qui nous paraît en tout cas pouvoir être déduit des productions doctrinales récentes, toutes formes confondues. V. X. Bioy, A. Laude et D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 4^e éd., PUF, 2020 ; C. Bergoignan-Esper et P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 3^e éd., Dalloz, 2020 ; M.-F. Callu, M. Girer et G. Rousset, *Dictionnaire de droit de la santé*, LexisNexis, 2017 ; A. Laude (dir.), *Lamy Droit de la santé* ; B. Apollis et D. Truchet, *Droit de la santé publique*, 10^e éd., Dalloz, 2020.

12. J.-M. Auby, *Le droit de la santé*, op. cit., p. 12.

13. *Ibid.*

14. V.-P. Comiti, *Histoire du droit sanitaire en France*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1994, p. 3.

15. Rappels que l'objectif national des dépenses d'assurance maladie (ONDAM) s'est élevé en 2020 à 219 milliards d'euros (loi n° 2020-1576 du 14 décembre 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2021, art. 11). Mais ce chiffre intègre les dépenses (évidemment imprévues) engendrées par la lutte contre l'épidémie de covid-19. Un autre indicateur intéressant consiste à mesurer l'évolution de la part de la consommation de soins et de biens médicaux (CSBM) dans la richesse nationale. Celle-ci comprend les dépenses des soins hospitaliers, des soins de ville, des transports de malades, des médicaments et d'autres biens médicaux. « Entre 1950 et 2015, sa part dans le produit intérieur brut (PIB) a été multipliée par 3,5, passant de 2,5 % à 8,9 % [...]. Au cours de cette période, ces dépenses de santé ont crû en valeur de 10,0 % par an en moyenne, tandis que le PIB progressait de 7,9 % par an [...]. Cette croissance s'est accompagnée d'une amélioration régulière de l'état de santé de la population : l'espérance de vie a progressé par exemple de seize années de 1950 à 2015 » (DREES, « Les dépenses de santé depuis 1950 », *Études et résultats*, juill. 2017, n° 1017, p. 1).

trop vaste et trop connue pour être reprise dans le cadre de ce billet¹⁶.

4. Enjeux. – Il sera seulement relevé que les dernières strates de cette sédimentation ont eu une importance considérable dans le développement du droit de la santé ; au point parfois de le concevoir ces dernières années – à tort – exclusivement comme un droit des soins, applicable à ceux qui les dispensent (droit des professions et des services de santé) comme à ceux qui les reçoivent (droit(s) des personnes prises en charge par les premiers). Or, si la lutte contre l'épidémie de covid-19 a renseigné sur une chose, c'est bien que toutes les altérations de la santé humaine ne bénéficient pas de traitements thérapeutiques et que les origines du droit de la santé, tirées du droit de la police, n'ont pas disparu. D'où le déploiement impressionnant partout dans le monde de mesures prophylactiques, parfois extrêmement sévères, et intrinsèquement attentatoires à une partie des droits fondamentaux. Inutile de revenir sur ce que d'innombrables analyses ont déjà révélé à propos de la tension sur les systèmes politiques et juridiques que provoquent ces mesures, prises en France sous le régime de l'urgence et sur le fondement de la protection de la santé publique. Il faudra, à n'en pas douter, plusieurs années encore avant d'en mesurer toute la profondeur.

Ce qui importe peut-être davantage ici est de percevoir que, pour importants et visibles qu'ils soient actuellement, ces défis relatifs à la lutte contre les crises sanitaires majeures ne sont pas les seuls auxquels le droit de la santé se trouvera confronté dans les années qui viennent. Que l'on songe aux inégalités en santé (économiques, territoriales, sociales, environnementales), aux préoccupations éthiques (fin de vie, traitement des éléments du corps humain, augmentation

des capacités humaines de toutes sortes, etc.), au phénomène de délitement de la confiance vis-à-vis des autorités (qui touche dans le système de santé aussi bien les usagers que les professionnels eux-mêmes), aux promesses comme aux dangers du numérique en santé, ou encore au problème récurrent de la soutenabilité financière du système permettant la mise en œuvre du « droit fondamental à la protection de la santé »¹⁷; les enjeux d'avenir ne manquent pas.

5. Caractères. – Ce panorama donne à voir les principaux caractères du droit de la santé. Le premier d'entre eux, ainsi que l'énonce la plupart des auteurs, conduit à l'envisager comme un droit mixte¹⁸, en ce sens que, comme bien d'autres droits d'apparition récente, il s'accorde mal de la distinction entre le droit public et le droit privé¹⁹. Non pas qu'il l'ignore. Au contraire, en droit de la santé, les aspects régis par le droit privé (une large part du droit applicable à la médecine libérale par exemple) ne s'opposent pas, mais s'articulent plutôt avec ceux régis par le droit public (une bonne part du droit applicable au secteur hospitalier par exemple). Une réelle synergie en résulte souvent, tant il est vrai que certaines évolutions du droit de la santé apparaissent clairement comme le produit de cet enrichissement réciproque et affermissent ainsi son caractère dérogatoire²⁰.

Par ailleurs, le droit de la santé est incontestablement un droit appliqué. Ou, pour mieux dire, il est appliqué à un secteur d'activités particulier, ce qui fait de lui un droit sectoriel. Sectoriel davantage que spécial, car il ne s'agit pas ici d'appliquer uniquement des principes généraux dégagés dans des branches du droit plus anciennes. Un tel schéma, s'il est loin d'être inexact en l'espèce, ne rend compte que partiel-

16. V. A. Leca, A. Lunel et S. Sanchez, *Histoire du droit de la santé*, LEH, 2014. Adde V.-P. Comiti, *Histoire du droit sanitaire en France*, *op. cit.*

17. Pour reprendre là les termes du tout premier article du Code de la santé publique (L. 1110-1).

18. V. par ex. X. Bioy, A. Laude et D. Tabuteau, *Droit de la santé*, *op. cit.*, n° 1.

19. Pour un parallèle avec le droit de l'environnement : D. Truchet, « Droit de l'environnement et droit de la santé », in *Mélanges Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, p. 939 et s.

20. V. par ex. certains alignements de la jurisprudence administrative sur celle du juge judiciaire, comme pour l'indemnisation de la perte de chance : « C'est précisément dans le contentieux relatif au défaut d'information médicale que le juge administratif, afin de s'aligner sur la jurisprudence judiciaire [...], a introduit pour la première fois, au sein du contentieux administratif, la méthode de la réparation proportionnelle. Désormais, l'indemnisation de la perte de chance du patient de se soustraire au risque dont il n'a pas été informé "doit être fixée à une fraction des différents chefs de préjudices subis" (CE, sect., 5 janv. 2000, Consorts Telle, préc.) » (C. Malverti et C. Beauflis, « Saisir la chance », *AJDA* 2020, p. 2496).

lement du processus de construction du droit de la santé²¹. Une fois encore, les principes du droit privé et ceux du droit public y sont également convoqués, sans quoi l'unité de la matière, réclamée en quelque sorte par les nécessités du temps, ne saurait s'établir. Du reste, le caractère sectoriel du droit de la santé se dédouble, puisqu'il tend à unifier des droits plus sectoriels encore et s'apparente dès lors, selon l'expression proposée initialement pour le droit de l'énergie, à un « droit d'assemblage »²².

Le troisième élément caractéristique du droit de la santé touche à la dynamique de ses sources. De ce point de vue, plusieurs mouvements sont à l'œuvre, qui ont partie liée entre eux. Premièrement, les trente dernières années correspondent à une augmentation significative du nombre de dispositions législatives se rapportant à la matière. L'on ne compte plus le nombre de lois et (surtout) d'ordonnances s'inscrivant dans tel ou tel plan de réforme du système de santé, sans parler des apports annuels des lois de financement de la sécurité sociale ou, de façon moins régulière mais non moins décisive sur certains sujets, des lois de bioéthique. Cette intervention pléthorique du législateur, si elle signe une indéniable préoccupation moderne pour le droit de la santé, en renforce aussi la singularité à maints égards²³. Deuxièmement, la profusion de dispositions législatives a un impact direct sur l'évolution d'autres catégories de sources. Il en va ainsi bien entendu des dispositions réglementaires, dont la production suit la même tendance haussière et souvent bavarde. C'est également le cas de l'inflation des divers documents de droit souple, laquelle doit aussi être reliée à la structure administrative de la santé en France où les agences sont légion. Troisièmement, les sources constitutionnelles, internationales et européennes du droit de la santé, traditionnellement marginales (avec une réserve cependant pour le droit de l'Union européenne, notamment en

droit pharmaceutique), ont tendance à se développer davantage²⁴, élan que les difficultés rencontrées dans la gestion de la pandémie récente devraient contribuer à conforter dans les années à venir.

De cette présentation sommaire découle une interrogation inévitable : le droit de la santé est-il autonome ? Poser la question revient nécessairement un peu à y répondre. Si les attributs les plus dérogatoires du droit de la santé se multiplient et se consolident au fil du temps, il paraît assez vain d'en dénier l'autonomie progressive vis-à-vis du droit commun (public comme privé). Pour autant, cette évolution ne nous semble pas devoir déboucher sur une forme d'essentialisation du droit de la santé. Il s'agirait même là d'un tropisme probablement néfaste, qui le détournerait non seulement de ses bases, mais également de ses principaux leviers de transformation (*i. e.* l'interaction qu'il permet à son échelle entre le droit public et le droit privé).

6. Manières. – Un autre intérêt du droit de la santé, qu'il a en partage avec bien d'autres disciplines, tient à la diversité des manières d'en faire. Eu égard aux difficultés de traitement qu'il présente usuellement²⁵, il nous semble réaliste d'en dénombrer au moins trois, qui se combinent (quelquefois à l'intérieur du travail d'un même auteur), avec leurs qualités et leurs défauts.

La plus répandue est sans doute celle qui revient à le choisir comme terrain d'application original d'un droit au spectre plus large. Cette manière d'aborder le droit de la santé l'a considérablement enrichi sur bien des aspects : en droit des patients par des spécialistes de droits fondamentaux ; en droit de la responsabilité médicale, hospitalière ou du fait des produits de santé par des spécialistes de droit de la responsabilité civile, administrative ou encore pénale ; en droit international ou européen de la santé par des spécialistes de droit international et européen, etc. Particulièrement topique de la der-

21. Rapp. J. Moreau, « Droit administratif fondamental et droit administratif appliqué : l'exemple du droit de la santé publique », in *Études de droit et d'économie de la santé*, Economica, 1982, p. 27 et s.

22. C. Boiteau et Ph. Terneyre, « Existe-t-il un droit de l'énergie ? », *RFDA* 2017, p. 517 et s.

23. V. pour le cas symptomatique de la responsabilité médicale et hospitalière : *Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002*, La documentation française, 2013 ; L. Marion et C. Maugué, *La responsabilité du service public hospitalier*, 2^e éd., LGDJ, 2019.

24. V. par ex. M. Bélanger, *Éléments de doctrine en droit international de la santé*, LEH, 2012 ; SFDI, *Santé et droit international*, Pedone, 2019 ; N. De Grove-Valdeyron, *Droit européen de la santé*, 2^e éd., LGDJ, 2018.

25. Rapp. D. Truchet, « De quelques difficultés du droit de la santé pour un juriste », in *Mélanges Jean-Claude Hélin*, Litec, 2004, p. 515 et s.

nière période où les analyses et commentaires relatifs à la « crise sanitaire » ont atteint un volume qui ne peut qu'impressionner, elle comporte cependant le risque de porter un discours parcellaire, sinon sur les actes et les faits qui donnent lieu à commentaire, au moins sur la discipline envisagée plus globalement.

Une autre manière de faire du droit de la santé consiste à l'investir comme domaine de spécialité, et même régulièrement de sous-spécialité²⁶. Pour se limiter à cette forme de production doctrinale²⁷, les manuels de droit médical²⁸, de droit hospitalier²⁹ ou encore de droit pharmaceutique³⁰ témoignent de l'abondance des analyses dans ces différents champs. Une de leurs forces est de restituer avec précision l'évolution comme la complexité du domaine concerné. En contrepoint, l'écueil principal réside dans ce que ces analyses fines d'un sous-ensemble du droit de la santé participent autant à sa consolidation qu'à sa fragmentation.

Enfin, la dernière manière de faire du droit de la santé prétend, pour aller vite, emprunter aux deux premières, de sorte que le traitement de la matière s'en retrouve possiblement moins détaillé, mais plus inclusif et plus systématiquement relié aux branches du droit desquelles il procède – fût-ce pour y déroger. Une telle approche peut se réclamer d'une méthode qui a fait ses preuves, selon laquelle faire du droit spécial, c'est encore étudier le droit général, mais avec une focale plus circonscrite et plus circonstanciée. Elle réclame de s'enter sur les réalités professionnelles, politiques, économiques ou sociales du domaine de spécialité pour en étudier

les normes, sans se départir d'une dimension critique et en s'efforçant d'inscrire ces règles au sein d'un ensemble cohérent. Ce faisant, l'on perçoit d'emblée l'un des inconvénients de cette méthode, susceptible de décourager à la fois le non-spécialiste de droit de la santé devant l'ampleur du droit positif à assimiler³¹ et le spécialiste de droit médical, de droit pharmaceutique ou de droit hospitalier qui n'y verrait qu'une forme altérée de connaissance par rapport à une étude plus fouillée parce que plus sectorisée. En outre, il faut bien reconnaître qu'un programme de cette nature ne se recoupe qu'imparfaitement avec la formation scientifique traditionnelle des juristes.

Où l'on retrouve la dialectique entre le droit fondamental et le droit appliqué, sur laquelle Moreau s'était déjà penché il y a de cela quarante ans dans des termes qui n'ont rien perdu de leur sincérité prospective : « La dialectique entre le "fondamental" et l'"appliqué" est souvent simplifiée à l'extrême, par une présentation de type causal et monolinéaire : déroge celui qui travaille dans le non-général, car il ne trouvera dans sa moderne caverne que les reflets des idées. Quelques fois, pour tenir compte des faits têtus, force est d'admettre que l'étude des applications permet seule un diagnostic sûr cernant la crise des notions. [...] Ne faut-il pas opérer, à l'instar des phénoménologues et des physiciens du début de ce siècle, un "retour aux choses mêmes" ? Construire des sous-systèmes cohérents de droits appliqués plutôt que de continuer... à commencer la maison par le toit ? »³².

26. Généralement : droit médical pour un privatiste, droit hospitalier pour un publiciste ; le droit pharmaceutique et le droit médico-social étant plus partagés.

27. Mais il en est d'autres, comme les ouvrages sous reliure mobile. V. chez LexisNexis : C. Esper (dir.), *Droit médical et hospitalier* ; C. Maurain et M. Bélanger (dir.), *Droit pharmaceutique*.

28. Sans revenir sur le manuel précité d'A. Demichel, doivent également être mentionnés ceux de G. Mémeteau (par ailleurs fondateur de la *Revue générale de droit médical*) : depuis l'« Abrégé » de droit médical publié en 1986 (Litec) jusqu'à la troisième édition du *Cours de droit médical* en 2016 (LEH, avec M. Girer). Adde F. Vialla (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, 2^e éd., LGDJ, 2014.

29. V. M. Dupont, C. Bergoignan-Esper, *Droit hospitalier*, 10^e éd., Dalloz, 2017 ; A. Lamy et V. Vioujas, *Droit hospitalier*, 2^e éd., Bruylant, 2020 ; M.-L. Moquet-Anger, *Droit hospitalier*, 6^e éd., LGDJ, 2021 ; J. Saison et A. Montero, *Droit hospitalier*, 4^e éd., Gualino, 2019.

30. V. par ex. A. Leca, *Traité de droit pharmaceutique*, 10^e éd., LEH, 2020.

31. Pour se limiter à ce type de sources : Code la santé publique, une partie du Code de la sécurité sociale et une autre au moins du code de l'action sociale et des familles – dont on a déjà souligné leur explosion sur le plan quantitatif durant les trente dernières années.

32. J. Moreau, « Droit administratif fondamental et droit administratif appliqué : l'exemple du droit de la santé publique », préc., p. 41.

Perspectives

Droit de la santé

Brèves observations sur les évolutions récentes de l'appréhension de la vie humaine par le droit

Bertrand Mathieu

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne
Conseiller d'État en service extraordinaire

Dans un laps de temps très court, environ une année, un certain nombre de décisions, de débats, de projets, ont dressé une cartographie pour le moins accidentée et incertaine de la manière dont la vie humaine est appréhendée par le droit. En la matière, il est difficile de déterminer si ces évolutions sont le reflet d'une demande sociale et si elles visent au contraire à bousculer l'ordre établi sous la pression d'une minorité agissante. Elles traduisent en tous cas une évolution d'une conception où la vie était un donné à protéger vers une conception où la vie devient tout à la fois l'objet des désirs individuels et l'instrument d'un projet visant à projeter l'humain dans un avenir dans lequel il serait le produit de l'ingéniosité humaine¹.

De manière assez paradoxale l'individualisme exacerbé, caractéristique majeure du droit contemporain, s'accompagne d'un moindre respect de la vie humaine qui en est le support nécessaire.

À titre d'exemple, trois éléments de contexte seront pris en compte, les dispositions prises dans le cadre de la pandémie liée à la Covid 19, le projet de loi bioéthique et les débats relatifs à la fin de vie.

La vie protégée

La vie n'apparaît que tardivement dans les textes modernes relatifs aux droits de l'homme. Si l'on excepte la peine de mort, la vie n'est pas l'objet de droits, tout simplement parce qu'il s'agit d'un phénomène biologique, voire spirituel, qui échappe à la volonté humaine. La vie est donnée, il faudra attendre les législations sur la contraception, puis sur l'avortement pour que la société accorde à l'individu une maîtrise sur la procréation. La santé fait son apparition dans le Préambule de la Constitution de 1946, mais c'est au titre des droits sociaux. C'est en réaction contre la manière dont la vie humaine a été instrumentalisée et dégradée durant la Seconde Guerre mondiale, que le même Préambule reconnaît implicitement, comme le relèvera le Conseil constitutionnel (Cons. const., n° 94-343-344 DC), le principe de dignité humaine, mais le respect de la vie humaine n'est qu'un principe qui en découle sans que lui soit reconnue la dignité constitutionnelle. La vie humaine fait une apparition expresse dans la Déclaration européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 2). Il s'agit d'un interdit plus

1. Sur ces questions, voir, même si l'analyse du droit positif est un peu ancienne, B. Mathieu, *La Bioéthique*, Dalloz, 2009.

que d'un droit, la traduction du cinquième commandement du Décalogue en quelque sorte. Il s'agit d'une interdiction de donner la mort (assortie de quelques dérogations, dont la peine de mort et la légitime défense). Cette interdiction de donner la mort va s'accompagner d'une obligation pesant sur les pouvoirs publics de protéger la vie qui s'inscrit dans l'évolution jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme visant à imposer aux États des obligations positives et non seulement un devoir d'abstention s'agissant des droits reconnus par la Convention.

Le traitement de la vie humaine à l'occasion de la pandémie due au Covid-19, illustre parfaitement la manière, non dépourvue d'ambiguïtés, dont la vie a été appréhendée par le droit. La protection de la vie a été considérée comme un impératif l'emportant sur toute autre considération. Ainsi la formule employée par le Président Macron au printemps 2020 pour justifier les décisions prises en matière de lutte contre l'épidémie : « quoi qu'il en coûte » vise tout autant l'activité économique que les libertés individuelles et collectives. Probablement pour la première fois dans une telle situation (on peut notamment se référer à l'épidémie de grippe espagnole de l'année 1918), la lutte contre l'épidémie conduit à arrêter le fonctionnement de l'économie, les activités et la vie sociales, à interdire aux individus de circuler et à les assigner à résidence. Les libertés les plus fondamentales, comme la liberté religieuse, sont mises entre parenthèses. Il s'agit d'abord de protéger les personnes les plus vulnérables, c'est-à-dire les plus âgées. Les maisons de retraite, les Ephad, sont dans un premier temps à la fois les lieux où la mort frappe le plus et ceux où l'enfermement est le plus radical. Au nom de la protection de la vie des plus vulnérables, les personnes âgées dépendantes sont exclues du monde des vivants, privées de toute relation sociale et affective. Si leur vie est protégée, pour autant que faire se peut, leur mort est escamotée. Cette protection de la vie traduit probablement un refus absolu d'affronter la mort. C'est la vie physiologique qui est préservée, la vie affective ou spirituelle passant au second plan. Il s'agit également d'éviter, autant que faire se peut, une surcharge des services de réanimation hospitaliers, dans un contexte où la mort est essentiellement médicalisée.

On pourrait mettre en rapport cette conception de la vie, dont la protection est l'un des premiers impératifs catégoriques, avec la non-acceptation de la mort dans les conflits militaires. L'idée selon laquelle un principe ou une valeur supérieure, justifierait le sacrifice d'une vie n'est plus admise... sinon chez les terroristes islamistes.

La protection de sa vie est ainsi l'un des droits premiers de l'individu qu'il est en droit d'exiger de la société. Le héros du temps contemporain n'est plus celui qui a fait le sacrifice de sa vie au service d'une cause commune, mais la victime, celui à qui l'on a ôté la vie alors qu'il ne demandait rien.

La vie conditionnée

Elle est d'abord conditionnée par le choix de la mère.

L'acte fondateur, en France, est le discours de Simone Veil devant l'Assemblée nationale le 26 novembre 1974. Clairement, dans ce texte, pétri d'humanité, il s'agit de dépénaliser sous conditions l'avortement. Mais contrairement à ce qu'une interprétation anachronique de ce discours, souvent cité, rarement lu, laisse à entendre, il ne s'agit en aucun cas de reconnaître ou de dessiner les prémices d'un droit à l'avortement. Ainsi Simone Veil rappelle, notamment que « l'avortement doit rester l'exception, l'ultime recours pour des situations sans issue ». Par ailleurs, les entretiens auxquels devra se soumettre la femme souhaitant avorter ont pour premier objet de soulager sa détresse, mais il est aussi rappelé que « l'expérience et la psychologie des personnes appelées à accueillir les femmes en détresse pourront contribuer de façon non négligeable à leur apporter un soutien de nature à les faire changer d'avis ».

On peut mesurer le chemin parcouru depuis : l'entretien préalable est facultatif ; la condition relative à l'état de détresse a été supprimée ; le délai de recours à l'IVG est augmenté. L'évolution législative n'est probablement pas terminée. Ainsi une proposition de loi a été déposée à l'Assemblée nationale le 25 août 2020 visant à « renforcer le droit à l'avortement » en passant le délai de 12 à 14 semaines et en supprimant l'objection de conscience spécifique du corps médical. Un amendement déposé à l'occasion de l'examen de la loi de bioéthique, toujours en

août 2020, vise à permettre une interruption médicale de grossesse (IMG), fondée sur la « détresse psychosociale » de la mère, jusqu'au terme de la grossesse, il s'agit en fait d'ouvrir un accès sans limites à l'IVG. Le droit actuel tend à faire du recours à l'IVG un droit subjectif, et dont l'objet est la vie de l'embryon, entièrement à disposition de la femme. Certains revendiquent même la reconnaissance de l'avortement comme un droit fondamental à inscrire dans la Constitution².

Elle est aussi conditionnée par la qualité de la vie.

Si l'on se place aux débuts ou à la fin de la vie, sa protection ne constitue cependant plus un absolu, elle fait intervenir une nouvelle exigence ou une nouvelle condition, celle de la qualité de la vie. Alors que le principe de dignité humaine est un principe inconditionné, uniquement lié à la condition d'être humain, cette dignité, et donc la protection qui lui est attachée, tend à être conditionnée par la qualité de la vie de celui qu'elle est censée protéger. De ce point de vue le développement des tests prénataux, en particulier pour détecter la trisomie 21, tend à développer une sélection des enfants à naître dont le caractère eugénique est sous-jacent, d'autant plus que la détection d'une anomalie est de plus en plus liée à une interruption de grossesse, cette « interruption » médicale de grossesse pouvant intervenir jusqu'à la naissance. De ce point de vue l'affaire dite « Perruche » a été emblématique. En effet à l'occasion de la naissance d'un enfant gravement handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic prénatal, la Cour de cassation (Ass. plén., 17 nov. 2000) a considéré que la vie d'un enfant handicapé pouvait constituer un préjudice pour lui-même, autrement dit que dans certains cas, la non-vie était préférable à la vie. Par ailleurs, le projet de révision de la loi de bioéthique discuté au Parlement en 2021 prévoit de la possibilité d'abandonner le projet parental portant sur un embryon au profit d'une recherche, notamment, si un diagnostic préimplantatoire fait apparaître, notamment, une anomalie susceptible de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie d'une particulière gravité reconnue comme incurable.

La vie fabriquée

Les créations d'embryons dans le cadre des procréations médicalement assistées assorties de diagnostics préimplantatoires, permettent de sélectionner les individus, non par élimination de ceux dont la qualité est en dessous d'un certain seuil, mais par choix de ceux qui présentent les caractéristiques les plus satisfaisantes ou souhaitées.

Obéissent à une logique du même ordre, les pratiques visant à développer un homme augmenté, ou plus exactement un homme dont les facultés seraient augmentées et qui s'inscrivent dans la logique du transhumanisme. Il ne s'agit pas de science-fiction. En effet une réflexion a été engagée sur la création de « soldats augmentés ». La frontière entre le rétablissement des facultés naturelles chez une personne handicapée (vue, audition...) et l'augmentation de ces facultés est ténue. En toute hypothèse, cette sélection des êtres humains est susceptible de créer des discriminations encore jamais connues, alors que le principe de non-discrimination tend à devenir le principe cardinal en matière de droits fondamentaux !

On pourrait également rattacher à cette mutation du droit à la vie, le droit à l'enfant ou droit à « fabriquer » une vie humaine, en dehors de toute procréation naturelle. Jusqu'alors les procréations médicalement assistées (PMA) étaient réservées aux femmes en âge de procréer et en couple (hétérosexuel, il convient de le préciser) stable. Il s'agissait alors d'inscrire la procréation médicalisée dans le cadre de la famille naturelle, de compenser, dans une logique de soin, une défaillance physiologique. Les débats autour de la PMA dite « pour toutes », c'est-à-dire ouverte aux femmes seules ou en couple homosexuel, mesure phare du projet de loi de révision de la loi de bioéthique discuté en 2021 (article 1 du projet de loi), s'inscrit dans une tout autre logique. Elle vise à permettre à toute femme qui le souhaite de procréer. Elle s'adresse notamment aux femmes qui ne souhaitent pas recourir à la procréation naturelle à la suite de relations hétérosexuelles. Il s'agit alors de créer un droit à l'enfant, dont la société est le débiteur, le remboursement par la sécurité sociale en étant

2. Proposition de loi constitutionnelle « visant à protéger le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse », enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} juillet 2019.

la manifestation la plus claire. Il est alors évident que la reconnaissance de ce droit engendrera une discrimination au détriment des hommes qui revendiqueront la concrétisation de ce droit à l'enfant par la légalisation de la gestation pour autrui. L'instrumentalisation du corps de la mère porteuse (alors que la prostitution est condamnée au nom de l'interdiction de l'instrumentalisation du corps de la femme !) sera alors admise au nom de la prévalence du principe de non-discrimination.

La vie instrumentalisée

Cette instrumentalisation de la vie humaine est particulièrement illustrée par la libéralisation progressive des recherches sur l'embryon humain.

Alors que la loi française de 1994 interdisait la conduite de recherches sur l'embryon humain, la loi de 2004, tout en maintenant le principe de l'interdiction, lui apporte d'importantes dérogations. La loi de 2013 a posé le principe de l'autorisation tout en l'entourant de garanties procédurales. Comme l'indique le rapporteur du projet de loi discuté en 2021 à l'Assemblée nationale (rapport au nom de la Commission spéciale 14 septembre 2019), « S'il est interdit de concevoir des embryons à des fins exclusives de recherche, il est cependant nécessaire de pouvoir disposer de ce « matériau » pour engager des protocoles {de recherche} ». Le projet discuté en 2021 prévoit, notamment, d'assouplir les procédures administratives relatives à l'autorisation des recherches sur les cellules souches embryonnaires, en passant d'un régime d'autorisation à un régime de déclaration, d'étendre la durée de développement des embryons *in vitro* destinés à la recherche de 7 à 14 jours et de réduire la durée de conservation des embryons créés dans le cadre des PMA afin de faciliter leur mise à disposition pour la recherche. Le projet élargit également les possibilités de recherches qui pourront être effectuées sur ou à partir des embryons. Les recherches pourront concerner également les médicaments de thérapie innovante. Par ailleurs, la modification du génome de ces embryons devrait être rendue possible. Le projet supprime l'interdiction de conception d'embryons transgéniques et ouvre la possibilité d'effectuer des recherches sur l'embryon animal, y compris celles susceptibles de modifier la descendance ou d'adjoindre des cellules d'autres espèces incluant les

cellules humaines. Cette autorisation de la création d'embryons chimériques constitue une véritable révolution.

La recherche sur l'embryon n'est plus seulement justifiée par l'« effet d'aubaine » que constitue le stock existant d'embryons, non seulement fondée exclusivement sur des motifs thérapeutiques, mais aussi de manière très générale sur les avancées de la science. Le respect de l'être humain en devenir que constitue l'embryon n'est que l'une des données du problème. D'autres considérations d'ordre scientifique, médical, économique ou financier, doivent être prises en compte et peuvent, le cas échéant, prévaloir. Cette analyse, transposée sur le plan juridique, s'inscrit dans une vision utilitariste et conduit à admettre l'instrumentalisation de la vie humaine au service d'intérêts collectifs.

La vie abrégée

La loi du 22 avril 2005 (2005-370) relative à la fin de vie et aux droits des malades interdit l'obstination déraisonnable dans la délivrance des soins en fin de vie en vue d'éviter tout acharnement thérapeutique et la loi du 2 février 2016 (2016-87) reconnaît un droit à une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience jusqu'au décès, associée à un arrêt des traitements permettant le maintien en vie, la nutrition et l'hydratation artificielles étant assimilées à de tels traitements. La loi de 2016 s'inscrit aux limites de l'acte d'euthanasie : elle constitue, pour le sujet, le droit d'obtenir du médecin une prestation, celle d'une sédation, de fait irréversible. Comme l'indique la loi (article L. 110-5-3 du code de la santé publique), cette « prestation » médicale peut avoir pour effet de donner la mort, même si elle ne peut avoir directement cet objet. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un droit conditionné, notamment, par le caractère grave et incurable de la maladie, donc par une évaluation par le corps médical d'une donnée factuelle qui échappe à la volonté du malade.

La proposition de loi discutée et, *in fine*, rejetée à l'Assemblée nationale, en avril 2021, tend à franchir le seuil devant lequel s'était arrêté le législateur en 2016. Son article 1 reconnaît un droit à obtenir une assistance médicalisée active à mourir. Cette assistance prend la forme de la prescription d'un produit létal et l'assistance à l'administration de ce produit par le médecin.

Ainsi cette assistance constitue un acte mortifère, son objet direct étant de donner la mort, la lutte contre la souffrance, dont l'intensité et la nature physique ou psychique sont librement appréciées par le patient, ne constituant plus l'objet de l'acte, mais la condition de son intervention. Il s'agit d'une forme de suicide assisté, dont il est difficile de considérer qu'il présente une différence de nature avec l'acte euthanasique pratiqué par le médecin lui-même. Cette mort est considérée, du point de vue civil, comme naturelle (art. 4).

En réalité, la reconnaissance d'un droit de se faire donner la mort conduit nécessairement à établir une discrimination entre les vies qui méritent d'être vécues et celles qui ne le méritent pas. Comme l'avait reconnu le Comité consultatif national d'éthique dans son avis du 24 juin 1991, une légalisation de l'euthanasie s'inscrit dans une définition restrictive de la personne humaine dont la dignité se mesure à son degré d'autonomie et de conscience. Ce faisant la société, ici plus précisément, le médecin ou le personnel soignant, seront nécessairement conduits à établir, sous le contrôle du juge ou d'un comité d'éthique, des seuils de qualité de la vie humaine qui détermineront le maintien ou non de cette vie. Surmonter cet obstacle lié à la discrimination en fonction de l'état de santé, alors que le principe de non-discrimination tend à devenir le principe juridique cardinal, pourrait conduire, paradoxalement, à permettre le recours à l'euthanasie à ceux qui sont « fatigués de la vie ». Ainsi, le libre arbitre de l'individu deviendrait le seul critère d'accès à une mort donnée.

Ces quelques incursions dans une législation particulièrement évolutive permettent de prendre en compte plusieurs considérations. D'abord, en la matière, il n'existe plus vraiment de limites tendant à la maîtrise de l'individu et de la société sur la vie humaine. De ce point de vue, l'éthique

remplace avantageusement la morale et les principes juridiques fondamentaux, par sa souplesse et son adaptabilité. D'autre part, le droit applicable à la vie humaine n'est plus d'abord un droit de protection, mais un droit visant à conférer à l'individu des droits sur sa propre vie et sur celle d'autrui (à supposer qu'une vie en formation puisse être considérée comme celle d'autrui). Il s'agit de décider qui doit naître, ou non, qui peut, ou doit, ou non, mourir. Enfin la vie humaine est au service de la société, soit qu'il s'agisse de faire progresser la science, soit qu'il s'agisse de faire évoluer les caractéristiques de l'espèce humaine. Ces évolutions s'opèrent au prix de nombreux paradoxes. Alors qu'épargner des vies est devenu l'impératif majeur, alors que la mort tend à être évincée du champ social, le caractère sacré de la vie appartient au passé. Comme souvent derrière l'affirmation de droits individuels, avance, masquée, une appropriation collective de la vie humaine au service d'objectifs essentiellement économiques, soit qu'il s'agisse de développer l'industrie pharmaceutique, soit qu'il s'agisse de renforcer les potentialités de certains individus, ou d'en créer de nouvelles, soit qu'il s'agisse d'éviter des naissances non souhaitées, soit qu'il s'agisse de maintenir l'existence de personnes devenues « inutiles » et dont le « coût d'entretien » est élevé. Certes les objectifs sont ambivalents, il est toujours permis d'y voir le développement de thérapies innovantes, la faculté d'épanouissement de l'individu, la libre disposition de son corps, sa délivrance de la maladie et des affres de la vieillesse. Mais l'absence de limites intangibles, la justification des moyens par les fins, le recul d'un droit protecteur au profit d'un droit subjectif à disposition de chacun, peuvent laisser craindre une vie humaine asservie. Paradoxalement, le respect de la vie animale contre l'instrumentalisation et de la vie végétale contre les manipulations, deviennent une exigence sociale de plus en plus prégnante... mais c'est d'un autre sujet qu'il s'agit.

Perspectives

Droit de la santé

L'avenir du droit de la responsabilité médicale ou l'illusion d'une nouvelle responsabilité

Laurent Bloch

Professeur à l'Université de Bordeaux

En quelques lignes, parcourons l'évolution des règles applicables en matière de responsabilité médicale¹ avant de s'interroger sur leur avenir.

Pour aller à l'essentiel, devant le juge judiciaire, compétent pour les actes médicaux pratiqués par les médecins libéraux et les établissements de santé privés, la responsabilité médicale a longtemps été contractuelle. Depuis le célèbre arrêt Mercier², la relation de soins était contractualisée et le professionnel de santé était tenu d'une obligation de moyens.

Choix politique pour la Cour de cassation ? Non, volonté simplement de sauver une victime du délai de prescription délictuelle et de la faire bénéficier du délai trentenaire alors en vigueur en matière de responsabilité contractuelle. La responsabilité médicale dans le secteur privé n'a donc été contractualisée que par opportunité, du moins dans un premier temps. Restant dans le moule contractuel ainsi dessiné, la Cour de cassation va admettre certaines exceptions, avec

une obligation de résultat en matière d'infections nosocomiales³ ou encore dans le domaine des produits de santé⁴.

De son côté, le Conseil d'État, avec ses propres concepts, suit une démarche semblable. Bien sûr la figure contractuelle est absente, point de cocontractant ici, le patient est un usager du service public de santé. Après avoir longtemps été arcbouté sur l'exigence d'une faute lourde, seule susceptible d'engager la responsabilité du service public, le Conseil d'État généralise le recours à la faute simple⁵. Dans certaines hypothèses, il va même largement nuancer l'exigence d'une faute en admettant une présomption de faute en matière d'infections nosocomiales⁶, une présomption qui était le plus souvent irréfragable. Nous étions ainsi aux portes de la responsabilité sans faute. Ce cap va être franchi en reconnaissant une responsabilité sans faute de l'hôpital en tant qu'utilisateur d'un produit ou matériel de santé⁷. Allant plus loin que la Cour de cassation, la haute juridiction administrative

1. L'auteur de cet article vous demande de l'excuser pour les quelques raccourcis historiques.

2. Civ., 20 mai 1936, *DP* 1936. 1. 88.

3. Civ. 1^{re}, 29 juin 1999, n° 97-14.254, 97-15.818 et 97-21.903.

4. Civ. 1^{re}, 29 oct. 1985, n° 83-17.091 ; Civ. 1^{re}, 9 nov. 1999, n° 98-10.010.

5. CE, 10 avr. 1992, n° 79027.

6. CE, 9 déc. 1988, n° 65087.

7. CE, 9 juill. 2003, n° 220437.

va même accepter, dans son célèbre arrêt Bianchi⁸, la responsabilité de l'hôpital du fait d'un aléa thérapeutique.

Faite de convergences et de divergences entre les deux ordres de juridictions, la jurisprudence, tel un peintre impressionniste, a dessiné par petites touches le tableau des règles de la responsabilité médicale. La toile était fascinante aussi bien pour celui qui s'approchait pour déceler chaque point que pour celui qui prenait du recul pour chercher une cohérence dans ce tout. Mais dans un cas comme dans l'autre, le tableau était réservé aux initiés, s'accommodant mal avec la démocratie sanitaire qui émergeait.

La Loi Kouchner du 4 mars 2002 a gardé les lignes de force du tableau mais cette fois, sans que cela ne soit péjoratif, avec un style plus réaliste. L'article L. 1142-1 du Code de la santé publique dispose l'essentiel. La responsabilité médicale est une responsabilité pour faute sauf exceptions. Il existe deux exceptions, les infections nosocomiales et les produits de santé. Dans la première hypothèse, la charge indemnitaire est partagée entre l'assureur de responsabilité de l'établissement et la solidarité nationale, avec comme ligne de partage la gravité des conséquences de l'infection⁹. Dans la seconde hypothèse, si l'on s'en tient à notre droit positif prétorien dans ce domaine, l'hôpital, en tant qu'utilisateur d'un produit, est responsable sans faute¹⁰; un établissement privé ou praticien n'est responsable qu'en cas de faute¹¹ et le producteur, quant à lui, sur le fondement des articles 1245 et suivants du Code civil, est responsable sans faute.

Voilà une vingtaine d'année que la loi Kouchner constitue le cadre juridique d'une responsabilité civile médicale qui a gagné son autonomie par rapport au carcan contractuel dans lequel la Cour de cassation avait voulu l'enfermer. Émanchée de la figure contractuelle, la responsabilité civile médicale n'est plus vraiment du droit privé, ni même du droit public. Le Code de la santé publique sera plaidé aussi bien devant les juridictions administratives que judiciaires.

Nous avons parcouru de manière rapide et superficielle, avec quelques raccourcis que nous

concédonsons volontiers, une centaine d'années de responsabilité médicale. Tournons-nous maintenant vers l'avenir. Comme toujours, la tentation de réformer est grande. Face à l'émergence d'une médecine 2.0, il faudrait donc revoir notre cadre juridique. À l'instar des débats qui ont eu lieu sur le caractère adapté ou non de la loi Badinter face à l'émergence des véhicules autonomes, la question peut se poser de l'adéquation entre la loi Kouchner et la survenue de nouvelles hypothèses d'accidents médicaux (II) ou encore l'irruption de nouveaux patients (I).

I. Les patients de demain

Schématiquement, la réalité est bien évidemment plus nuancée, hier le patient était ignorant et soumis, aujourd'hui il est un co-décideur. À notre sens, il ne faudrait pas que demain, il ne devienne seul décideur, au motif qu'il pense en savoir plus que son médecin.

A. Le patient co-décideur

Les articles L. 1111-2 et L. 1111-4 du Code de la santé publique, respectivement relatifs à l'obligation et au consentement du patient, ont marqué une rupture importante avec l'émergence du concept de co-décision médicale. L'ambition de la loi Kouchner était de mettre fin au paternalisme médical. La relation de soin était trop verticale, un soignant réputé tout savoir et un patient présumé tout ignorer, ce qui conduisait nécessairement à un soignant qui décidait pour son patient. Le paternalisme est empreint d'une certaine bienveillance mais aussi d'une forme très critiquable de condescendance.

Pour rééquilibrer cette relation, la rendre plus horizontale, il est donc nécessaire d'expliquer au patient afin qu'il puisse co-décider avec son médecin ce qui est bon pour lui. Alors, certes, ce n'est pas en lisant un document reprenant les risques liés à une intervention que le patient devient un sachant mais à l'évidence il n'est plus totalement un profane. Si le terme de co-décision est sans doute excessif, le patient a au moins la liberté d'adhérer en connaissance de cause au projet de soin qui lui est proposé.

8. CE, 9 avr. 1993, n° 69336.

9. Art. L. 1142-1-1 CSP.

10. CE, 14 mars 2012, n° 324445.

11. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-17.510.

La clé dans ce domaine est l'information et les précisions sur cette question dans le Code de la santé publique sont particulièrement nombreuses. Pour ne reprendre que l'essentiel, le patient doit être informé sur son état de santé, sur la proposition thérapeutique qui lui est faite, son caractère urgent, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'elle comporte et également les conséquences en cas de refus. Pour des raisons probatoires, le plus souvent cette information est matérialisée par un écrit.

La forme prévalant malheureusement parfois sur le fond, alors que le Code de santé publique exige un entretien sur ces questions avec le patient, un écrit se substitue trop souvent à cet entretien. L'écrit est utile pour démontrer qu'un entretien a eu lieu mais certainement pas pour se substituer à cet entretien. Face à des listes de risques abscons pour un profane, si le praticien ne prend pas un minimum de temps pour expliquer, la qualité de l'information est alors médiocre et le consentement obtenu bien discutable. Ceci explique que l'obligation d'information demeure encore très contentieuse. Son cadre juridique est encore mal compris, avec des praticiens obsédés par l'écrit et des patients convaincus, à tort naturellement, de signer une décharge de responsabilité.

En réalité, l'obligation d'information, à l'instar de la relation de soin, est parfois victime d'une forme de déshumanisation. Informer ce n'est après tout que considérer son patient comme un sujet et non un objet de soin. Là où de la proximité doit s'instaurer, le malentendu prend ses racines et la relation de confiance est mise en échec. La confiance laisse place à la méfiance voire à de la défiance. Qu'en sera-t-il demain ?

B. Le patient décideur

L'actuel débat autour des bienfaits des vaccins met en lumière le fossé qui peut exister entre des données scientifiques et leur réception par une partie de la population. Nous vivons un paradoxe incroyable où des outils qui permettent d'accéder à un savoir infini deviennent le catalyseur d'un retour épouvantable à une forme d'obscurantisme. Notre société d'information est aussi une société de désinformation. La hiérarchisation de la parole s'efface, la parole savante est sus-

pecte, elle est complice. Internet et les réseaux sociaux utilisent sans vergogne une des faiblesses de l'âme humaine qui consiste à aimer écouter ce qu'elle veut entendre.

Le patient serait donc devenu un sachant par la grâce de Facebook. Il accède à des études qu'il ne comprend pas : les biais scientifiques, les cohortes inadaptées, l'analogie suspecte entre des résultats *in vitro* et *in vivo* ne sont pas de son monde. Peu importe, il choisira la conclusion qui l'intéresse. Cette conclusion, qui n'en est pas une, il la communiquera, la relatera, la publiera. Elle prendra de l'importance, elle sera likée et à ce titre elle gagnera en crédibilité dans le monde 2.0 des patients connectés. Connectés entre eux, ils sont déconnectés de la réalité.

Ce fléau constitue pour le monde médical un formidable défi. Il ne s'agira donc plus simplement d'informer mais bien de démentir. L'obligation d'information de l'article L. 1111-2 risque de devenir une obligation de réinformation. Alors qu'elle se construisait sur un terrain quasi vierge, il faudra d'abord déconstruire pour reconstruire et reconquérir le patient.

Faudra-t-il modifier le cadre juridique ? Non. Il suffira de l'appliquer enfin. Il faudra réincarner l'information, redonner sa place à l'entretien qui seul permet de faire du sur-mesure, là où l'écrit impose du prêt-à-porter. Regarder le patient dans les yeux, comprendre ses peurs, mesurer son degré de compréhension, l'écouter pour jauger ce qu'il sait ou plus exactement ce qu'il croit savoir. Il s'agira de revenir finalement au fameux colloque singulier, cet espace qui permet à une confiance et une conscience de se rencontrer¹². Bien évidemment des outils de communication permettant un enrichissement de l'information pourront être utilisés, il sera sans doute possible demain pour le patient de visualiser par avance sa chirurgie en 3D pour mieux la comprendre, mais rien, non rien, ne remplacera les quelques mots échangés avec celle ou celui qui, le temps d'une intervention, tient l'avenir de son patient entre ses mains.

II. Les accidents de demain

La médecine d'aujourd'hui est éloignée de celle d'hier et elle ne ressemble déjà plus à celle de

12. Selon la formule célèbre de Louis Portes.

demain. La science et la technologie avancent à une vitesse inégalée, les découvertes se succèdent et leurs applications sont quasi-immédiates. L'intelligence artificielle et la robotisation sont deux grands moteurs de cette accélération. Cette dernière pose la question du consentement du patient (A), tout comme celle de la place du soignant (B) dans la nouvelle relation de soin qui se dessine.

A. L'illusion du consentement du patient au recours à l'IA

L'intelligence artificielle¹³ dans le domaine des soins est déjà très présente mais à l'avenir, elle sera partout. Comme cela a pu être relevé par le Rapport Villani de 2018 : « L'intelligence artificielle en santé ouvre des perspectives très prometteuses pour améliorer la qualité des soins au bénéfice du patient et réduire leur coût – à travers une prise en charge plus personnalisée et prédictive – mais également leur sécurité – grâce à un appui renforcé à la décision médicale et une meilleure traçabilité. Elle peut également contribuer à améliorer l'accès aux soins des citoyens, grâce à des dispositifs de prédiagnostic médical ou d'aide à l'orientation dans le parcours de soins. »

Dans ces conditions, l'article 17 de la toute nouvelle loi Bioéthique¹⁴ qui a inséré dans le Code de la santé publique un article L. 4001-3 § 1^{er} ainsi rédigé « Le professionnel de santé qui décide d'utiliser, pour un acte de prévention, de diagnostic ou de soin, un dispositif médical comportant un traitement de données algorithmique dont l'apprentissage a été réalisé à partir de données massives s'assure que la personne concernée en a été informée et qu'elle est, le cas échéant, avertie de l'interprétation qui en résulte » peut sembler déjà obsolète. Ce texte est bâti sur une sorte de méfiance envers l'IA comme si le patient allait refuser le recours à l'IA. Certes, il s'agit d'une simple information et non de consentement mais à quoi bon informer si ce n'est pour ne pas tenir compte de la volonté du patient.

Nous pourrions multiplier les exemples en matière de diagnostic où l'IA est déjà plus perfor-

mante que l'humain. Demain, ce sera systématiquement le cas et la tentation sera très grande du passage d'une assistance dans le diagnostic vers une délégation du diagnostic. Si les résultats sont meilleurs, quel patient refusera ? Quel patient refuse aujourd'hui le scanner ou l'IRM qu'on lui propose au profit d'une radiographie ?

Le problème ne sera donc pas de savoir si le patient accepte ou refuse mais bien de savoir si le soignant peut refuser au patient le recours à l'IA. Soit qu'il estime qu'il n'est pas nécessaire, soit qu'il n'est pas en mesure de lui fournir ce type de prestation. Dans la première hypothèse, il faudra convaincre le patient, ce qui ne sera assurément pas simple. La seconde hypothèse renvoie à des situations dans lesquelles il faudra s'interroger sur la qualité des soins proposés. Le spectre d'une médecine à deux vitesses est d'ailleurs déjà bien présent.

Si les situations seront nouvelles, là encore le cadre juridique actuel permettra de les résoudre puisque la faute, qu'il s'agisse d'information ou de réalisation d'un acte, repose sur des standards : le médecin normalement diligent et les données acquises de la science. L'exigence sera sans doute plus grande avec une élévation du standard du médecin normalement diligent mais la plasticité de la faute évitera certainement toute rupture de notre modèle actuel.

B. L'illusion de l'effacement du soignant

Il est déjà actuellement possible de trouver de délicieuses applications d'autodiagnostic. Celui qui souffre de quelques maux étranges peut alors tenter sa chance. Il répond à quelques questions et l'algorithme va lui proposer, tout comme le ferait un médecin, un diagnostic probabiliste. Des pathologies apparaissent avec des pourcentages. Faites l'expérience et vous verrez que bien souvent apparaît avec un petit pourcentage, une maladie à très mauvais pronostic... Voilà bien le problème, la froideur de la machine. Un médecin n'évoquera pas une maladie grave sans être quasi-certain de son diagnostic. Tant que la probabilité est faible, elle n'est pas communiquée. Le médecin fera éventuellement des investigations supplémentaires et tant que

13. Nous entendons par IA les processus visant non pas à mimer l'intelligence humaine mais bien à dépasser celle-ci. À cet égard, nous nous situons dans du *deep learning* qui permet à la machine non plus un comportement d'imitation et de reproduction d'actions mais bien un comportement de plus en plus « intelligent ».

14. Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021.

l'éventualité est très hypothétique, il ne s'aventurera pas sur ce terrain pour épargner à son patient une inquiétude inutile.

Avec cet exemple, nous voulons illustrer que le recours à la délégation de diagnostic (elle viendra un jour) ne devra jamais conduire à une délégation de l'annonce de diagnostic. L'humain tient ici sa revanche, il est dans son champ de compétence : annoncer, rassurer, accompagner mais assumer. Soyons optimistes. Et si finalement l'IA, en déléguant le soignant de certaines de ses tâches, parvenait à le recentrer sur l'essentiel : la profonde humanité de sa mission.

Alors évidemment, car il faut bien faire un peu de droit, *quid* de la faute de diagnostic ? L'IA, aussi intelligente soit-elle, pourra se tromper ou être trompée. À notre sens, il faudra que l'utilisateur de l'IA assume. Il a fait sien le diagnostic de l'IA et à ce titre il doit assumer la responsabilité du diagnostic, tout comme aujourd'hui celui qui n'a pas démenti l'erreur de diagnostic d'un confrère en assume les conséquences¹⁵. Demain, le soignant piégé par l'IA devra être à l'égard du patient le seul responsable et peu importe qu'il n'ait pas les moyens de déceler l'erreur. Aussi, bien plus que la traditionnelle responsabilité pour faute, il devra s'agir d'une responsabilité sans faute du fait de l'utilisation d'un matériel défectueux. Par la suite, il disposera naturellement d'un recours contre les concepteurs de la machine faillible¹⁶. En ce sens, l'actuelle jurisprudence du Conseil d'État¹⁷ sur cette question nous semble bien plus adaptée que celle de la Cour de cassation¹⁸, recroquevillée sur la faute.

La question est d'ailleurs identique en ce qui concerne la réalisation d'un acte de soin. Pour l'instant le robot assiste, il efface notamment les tremblements physiologiques de la main de l'opérateur. Demain, le chirurgien assistera le robot. Il sera là en recours (saignement massif par exemple). Pour certains, il faudrait donner la personnalité juridique à ces robots intelligents. L'idée est sans doute séduisante mais quelle est son utilité en termes de responsabilité ? Le robot aura-t-il véritablement un patrimoine, un assureur, bref une forme de solvabilité ? En réalité, il aura celle de son utilisateur qui aura souscrit une assurance ou celle de la clinique, de l'hôpital ou de la société de médecins libéraux qui le possède ou l'utilise. La personnalité juridique du robot n'ajouterait rien. Il nous semble bien plus simple d'agir contre l'utilisateur au sens large du terme comme le prévoit là encore aujourd'hui le Conseil d'État en matière de prestations de soins¹⁹. L'utilisateur est responsable sans faute du fait du matériel défectueux dans son rapport avec la victime et ensuite il peut exercer un recours contre le producteur de celui-ci²⁰. Le fait que la défectuosité soit imputable au logiciel n'interdit d'ailleurs pas ce type d'action²¹.

Là comme ailleurs, nos textes, alliés à une jurisprudence qui sait parfois en polir les angles trop saillants, devraient permettre à nos règles actuelles d'affronter sans réelles difficultés l'avenir de la responsabilité médicale. Finalement, l'enjeu n'est donc pas juridique mais bien éthique : éviter la déshumanisation du soin.

15. Par exemple : Civ. 1^{re}, 30 avr. 2014, n° 13-14.288.

16. La question se posera alors d'une éventuelle exonération par le risque de développement mais le tout nouvel article L. 4001-3 III du Code de la santé publique pourrait réserver de mauvaises surprises aux concepteurs de logiciels puisqu'il dispose que « Les concepteurs d'un traitement algorithmique mentionné au I s'assurent de l'explicabilité de son fonctionnement pour les utilisateurs ».

17. CE, 14 mars 2012, préc.

18. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, préc.

19. CE, 14 mars 2012, préc.

20. Par ex. : CE, 30 déc. 2016, n° 375406.

21. « Un logiciel dont l'une des fonctionnalités permet [...] notamment, de détecter les contre-indications, les interactions médicamenteuses et les posologies excessives, constitue un dispositif médical » et donc à ce titre un produit (CJUE, 7 déc. 2017, C-329/16). Attention, en revanche, si le logiciel peut constituer un produit, le diagnostic, au regard de son caractère immatériel, ne saurait constituer un produit (par analogie pour un conseil de santé erroné publié dans un magazine : CJUE, 10 juin 2021, C-65/20).

Rétrospective

Dans chaque numéro, la *RDA* publie le texte d'une conférence du cycle « Les grands textes du droit » qu'elle organise et qui vise à proposer un commentaire des textes majeurs de la littérature juridique.

Bruno Oppetit, *Droit et modernité*

Nathalie Blanc

Professeur à l'Université Sorbonne Paris Nord

1. Je suis particulièrement heureuse de vous présenter cet ouvrage indispensable : *Droit et modernité* de Bruno Oppetit¹. Je suis heureuse de le faire devant ses élèves, collègues et amis. Je remercie tout particulièrement le professeur Daniel Cohen d'avoir accepté de présider cette séance mais aussi le professeur Catherine Labrusse-Riou qui nous fait le plaisir et l'honneur d'être présente aujourd'hui. Disons-le d'emblée : *Droit et modernité* constitue, pour moi, un guide de survie contre l'asphyxie normative qui nous accable chaque jour un peu plus. Cet ouvrage redonne un sens au droit mais aussi à l'enseignement du droit. Après l'avoir lu, on respire mieux.

2. Je n'ai malheureusement pas eu la chance de rencontrer le professeur Bruno Oppetit. Il faut dire qu'il est mort le 26 mars 1998, alors que j'étais en première année de droit, à l'université de Nice. Mais je dois remercier mes professeurs de l'époque de m'avoir conseillé de lire cet auteur dès le début de mes études, pour nourrir ma réflexion et dépasser « l'étroit positivisme juridique »². C'est là le plus grand mérite de Bruno Oppetit : avoir cherché inlassablement le

sens des règles de droit, pour mettre en évidence les grandes questions et les grandes évolutions de notre système juridique.

3. Cette recherche du sens, il se l'est appliquée à lui-même. Alors qu'il était atteint d'une longue maladie, il a mis ses dernières forces pour révéler l'unité de sa pensée, en regroupant dans un *corpus* unique, des articles écrits tout au long de sa carrière. *Droit et modernité* est une forme de code, mais pas un code à pensée constante, car non seulement l'auteur a enrichi ses travaux de nouvelles études, mais, surtout, il les a intégrés dans un système cohérent. Il n'en verra malheureusement que les épreuves. Cette anthologie, comme d'ailleurs son ouvrage de philosophie du droit³, seront publiés après sa mort intervenue dans sa 62^e année.

4. On ne peut comprendre cet ouvrage sans dire quelques mots de son auteur. Bruno Oppetit, qui s'est beaucoup intéressé à l'évolution et donc au mouvement du droit, n'a lui-même pas été l'homme d'un seul lieu ni d'une seule discipline. Il est ainsi né de l'autre côté de la Méditerranée, à Constantine, en Algérie, le 3 septembre

1. Le style oral a été conservé.

2. Expression empruntée à B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1998, p. 43. La formule revient à plusieurs reprises, v. not. p. 101.

3. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. « Précis », 1999.

1936. Après avoir débuté ses études de droit à la Faculté d'Alger, il les a poursuivies à Paris. Il obtint plusieurs DES⁴ – Diplôme d'Études Supérieures, ancêtre lointain du M2 – un DES de droit privé, un DES d'économie politique et enfin un DES de droit romain et d'histoire du droit. Il a réalisé son doctorat sous la direction de Paul Durand puis de René Rodière. Il a soutenu sa thèse consacrée aux *Rapports des personnes morales et de leurs membres* en 1963, thèse pour laquelle il a reçu le prix Albert Wahl. Dans sa thèse, il s'intéresse déjà aux rapports entre la société et ses membres. Il reprend en quelque sorte cette approche dans *Droit et modernité* en élargissant la perspective, puisqu'il étudie cette fois le rapport du système juridique et de ses membres⁵. Major du concours d'agrégation de 1969, il est successivement Professeur aux Facultés de Lille, d'Amiens puis de Sceaux. Il rejoint l'Université Paris II en 1981, jusqu'à son décès.

5. Contrairement à la surspécialisation de la doctrine contemporaine, Bruno Oppetit était un « généraliste du droit »⁶, « maîtrisant avec une confondante aisance un champ disciplinaire très vaste »⁷. Ses travaux le révèlent. Il est l'auteur de plusieurs monographies, d'articles et de notes de jurisprudence dans lesquels il aborde presque tous les domaines du droit : philosophie du droit, théorie générale du droit, droit international privé, droit du commerce international, droit de l'arbitrage, droit des sociétés, droit de la propriété intellectuelle, procédure civile, droit des obligations ou encore droit de la concurrence. S'il est certain que Bruno Oppetit était un philosophe du droit, il n'était pas un philosophe avec la tête dans les nuages mais, au contraire, un philosophe ancré dans la réalité juridique la plus technique et la plus complexe. Pour autant, son goût pour « les disciplines d'éveil et d'ouverture » comme il les appelait⁸, sa très vaste culture, notamment juridique, expliquent sa hauteur de vue, son recul au regard de la tyrannie de

l'actualité juridique. Les professeurs Philippe Fouchard et Charles Jarrosson ont ainsi souligné « son exceptionnelle hauteur de vue, sa faculté de recul par rapport aux contingences du droit positif, ses analyses pénétrantes sur des sujets très divers et sa mise en lumière des tendances profondes du droit qui n'apparaissent pas toujours à la vue des autres juristes »⁹. Le professeur Yves Lequette relève son « étonnante aptitude à discerner l'essentiel au sein du fatras du droit positif »¹⁰. Symbole de ce rapport distancié avec l'actualité, ses *Mélanges* ont été publiés 11 ans après sa mort. C'est le signe qu'il ne s'agissait pas seulement d'honorer un collègue décédé, mais bien davantage de rendre hommage à une pensée immortelle.

6. Revenons au texte que j'ai choisi de présenter devant vous. *Droit et modernité* est une anthologie posthume, premier ouvrage édité dans la Collection *Doctrine juridique* des PUF en 1998, collection dirigée par Catherine Labrusse-Riou et Didier Truchet. L'ouvrage est constitué de vingt-trois textes correspondant à des écrits et des communications orales réalisés par Bruno Oppetit entre 1974 et 1998, soit peu ou prou tout au long de sa carrière. La majeure partie a déjà été publiée dans des mélanges, des actes de colloque ou des revues¹¹. Deux textes sont inédits : « La découverte du sens en droit positif » et « L'éthique »¹². L'auteur n'a pas réuni ses écrits de manière aléatoire mais les a ordonnés selon un plan cohérent sur lequel je reviendrai par la suite. Il faut d'ores et déjà noter que la pensée de l'auteur est dense mais concise.

7. Dans la présentation de l'ouvrage, Oppetit procède en deux temps. Il s'arrête sur « la notion de modernité » puis sur « la modernité et son droit ».

Pour Oppetit, la modernité se caractérise par la rationalisation, la sécularisation et l'épanouissement de l'individu donc par l'individualisme¹³.

4. À l'époque, il était nécessaire d'en obtenir deux pour s'inscrire en doctorat.

5. B. Oppetit, « Présentation », *Droit et modernité*, op. cit., p. 3 et s.

6. Y. Lequette, « Bruno Oppetit », *Rev. crit. DIP* 1998, p. III.

7. *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, LexisNexis, 2009, « Avant-propos », p. 1.

8. B. Oppetit, *Droit et modernité*, op. cit., p. 76.

9. Ph. Fouchard et Ch. Jarrosson, *Revue de l'arbitrage*, avr. 1998.

10. Y. Lequette, « Bruno Oppetit », préc.

11. *Revue Droits*, *Clunet*, *Recueil Dalloz* ou encore *Archives de philosophie du droit*.

12. Respectivement, p. 129 et p. 261.

13. B. Oppetit, « Présentation », *Droit et modernité*, op. cit., p. 3 et 4.

Cela dit, il constate immédiatement que cette modernité est en crise en citant notamment Alain Touraine selon lequel « il semblerait que la force libératrice de la modernité s'épuise à mesure que celle-ci triomphe »¹⁴. La modernité, telle qu'envisagée par Oppetit, fait naître un sentiment d'enfermement dans « un monde désenchanté privé de spiritualité et de transcendance »¹⁵. Déjà en 1998, il relève que la technologie enlève à l'individu moderne son autonomie¹⁶. Qu'aurait-il dit du transhumanisme ou du règne des réseaux sociaux ? Surtout, la crise de la modernité aboutit à une crise de la démocratie en ce qu'elle conduit à une désaffection des citoyens à l'égard des systèmes de représentation. « Le lieu du pouvoir devient un lieu vide »¹⁷ : le pouvoir est bureaucratique et désincarné.

Sur la modernité et son droit, le propre de la société moderne est d'être régulée par le droit. Dans le droit traditionnel, il n'y a d'individu que social ; le droit moderne, est centré sur l'individu, moyen rationnel de fonder l'organisation sociale. Oppetit relève immédiatement des tendances contradictoires. La modernité a exalté l'individu mais le droit n'a jamais été aussi technocratique, jamais aussi présent et contraignant – que l'on songe à la crise sanitaire – ce qui conduit à nier la liberté individuelle. Il ajoute que « dès l'instant où la société moderne s'assigne comme objectif le progrès indéfini de la société et qu'elle lie ce progrès au développement de la civilisation matérielle, son droit est affecté d'une grande mobilité, d'une complexité croissante et d'un gigantesque volume normatif »¹⁸. Le droit n'est plus un « instrument d'harmonie sociale » mais « de conquête »¹⁹.

Dès la présentation de l'ouvrage, les aspirations pluralistes de l'auteur se font jour comme sa vision très contrastée du droit moderne. C'est là tout l'objet de l'ouvrage, comme l'indique clairement Oppetit dans la préface : il s'agit de « décrire les tendances, considérées à travers certaines des manifestations les plus caractéris-

tiques de la vie juridique d'une société gagnée à la modernité et saisie par le doute ». Ce faisant, l'auteur nous livre avec concision, clarté et nuances sa vision du « sens de l'évolution » du système juridique français²⁰.

8. J'en viens à la structure du texte. Je l'ai dit, l'auteur a cherché à ordonner ses écrits pour nous livrer sa vision du droit. L'ouvrage est ainsi constitué de quatre parties : « Les tendances contraires », « Les incertitudes », « La primauté des résultats matériels » et « L'angoisse des fins » ; chaque partie est introduite par une présentation faisant le lien entre les écrits la composant.

Dans la première partie de l'ouvrage, intitulée « les tendances contraires », Oppetit oppose droit strict et relativisme. Il revient sur « les incertaines frontières de l'illicite » spécialement en droit du commerce international et aborde avec une grande modernité un thème à l'époque peu étudié : la corruption. Il constate la multiplication de textes contraignants avec en contrepoint le développement de la *soft law* et d'un droit flexible. Il oppose le droit étatique – le strict positivisme juridique – aux autres sources : jurisprudence, coutume, *lex mercatoria*. Enfin, autre tendance contradictoire, le droit apparaît à la fois émietté du fait d'une spécialisation constante mais aussi réuni du fait du retour des principes généraux et d'une certaine forme de *jus commune* à travers le droit commun européen.

Dans une deuxième partie, Oppetit met en évidence « les incertitudes » du droit moderne : incertitudes sur le sens et l'évolution du système mais aussi sur le sens de chaque règle, c'est-à-dire sur le contenu même des règles.

Dans une troisième partie, nommée « la primauté des résultats matériels », il constate, avec beaucoup d'acuité et de modernité, le recul des valeurs esthétiques et morales au profit des valeurs marchandes.

Enfin, dans une quatrième partie intitulée « l'angoisse des fins », Oppetit décrit un droit

14. A. Touraine, *Critique de la modernité*, Fayard, 1992, p. 111, cité p. 5.

15. B. Oppetit, « Présentation », *Droit et modernité*, op. cit., p. 5.

16. B. Oppetit, « Présentation », *Droit et modernité*, op. cit., p. 5 : « la technique ôte à l'individu moderne son autonomie ».

17. Il cite (B. Oppetit, « Présentation », *Droit et modernité*, op. cit., p. 6) ; Ph. Braud, *Le jardin des délices démocratiques*, Presses Fond. nat. des Sc. Pol., 1991.

18. B. Oppetit, « Présentation », *Droit et modernité*, op. cit., p. 7.

19. B. Oppetit, « Présentation », *Droit et modernité*, op. cit., p. 8.

20. B. Oppetit, « Préface », *Droit et modernité*, op. cit.

moderne isolé de son histoire et en quête de sens. Il envisage la tentation du droit naturel et l'interférence d'autres systèmes normatifs tels que l'éthique et l'honneur.

9. À première vue, et les titres choisis par l'auteur corroborent cette impression, *Droit et modernité* semble porter une vision très pessimiste du droit : celle d'un droit technocratique étouffant, désordonné et dépourvu de sens, d'un droit accordant la primauté à des valeurs marchandes donc à l'argent. Mais ce serait avoir une vision tronquée et erronée de la pensée de Bruno Oppetit que de considérer qu'il se limite à ces constats et vit dans le regret du passé. Bruno Oppetit n'est pas un auteur pessimiste. Il est un auteur lucide, inquiet mais pas pessimiste. Certains ont pu le décrire très justement comme un « idéaliste réaliste »²¹. Comme dans son ouvrage de philosophie du droit, dans lequel il pose des questions et propose des réponses concrètes, dans *Droit et modernité*, Bruno Oppetit relève les dérives du droit et nous met en garde mais il propose également des solutions concrètes pour résoudre les maux du droit et du système juridique. En d'autres termes, s'il constate le désordre, il envisage la possibilité d'un sursaut et les moyens de reconstruire le système juridique. Dès lors, pour présenter cet ouvrage, j'envisagerai tour à tour le constat d'un désordre (I) puis la possibilité d'une reconstruction (II).

I. Le constat d'un désordre

10. Le constat d'un désordre plutôt que le constat d'un déclin, ce choix s'est imposé parce qu'Oppetit met davantage en évidence le désordre d'un système juridique dépourvu de sens que le déclin du droit. À la suite du Doyen Ripert, il a examiné « l'hypothèse du déclin du droit »²² mais comme le titre l'indique, Oppetit l'envisage comme une hypothèse et non pas comme une vérité. Le désordre, lui, est certain et

il provient essentiellement de la « masse de textes et de réformes sans unité d'inspiration ». C'est là l'une des tendances régressives identifiées par l'auteur. Dès la présentation de l'ouvrage, Oppetit dénonce « l'excès de droit » qui crée une « atmosphère de médiocrité morale qui asphyxie les meilleurs élans de l'homme »²³. Ce constat est parfaitement d'actualité et n'a fait qu'empirer. Pour évoquer cette triste crise sanitaire, et pour ne prendre qu'un exemple, le 25 mars 2020, vingt-six ordonnances ont été adoptées. Autre illustration, après une recherche sur Légifrance, depuis le 1^{er} janvier 2021, c'est trente-cinq lois, soixante-dix ordonnances et plus de mille décrets, donc plus de cent textes par mois. Le mal ne réside pas seulement dans la prolifération des normes mais dans les incertitudes qu'elle suscite : le droit n'a plus de cohérence. Il est instrumentalisé (A) et pulvérisé (B).

A. Un droit instrumentalisé

11. Le droit est devenu un outil entre les mains de la bureaucratie, pour normer tous les comportements et ce, dans les moindres détails. Oppetit dénonce, tout au long de l'ouvrage²⁴, l'« omnipotence technocratique et eurocratique »²⁵ et la « captation de la volonté générale au profit d'une poignée d'hommes inspirés »²⁶. Les maux de ce droit technocratique sont nombreux : omniprésent, parfois non normatif, intelligible et au service de valeurs marchandes.

12. La technocratisation du droit décrite par Oppetit a trouvé son point d'orgue pendant la crise sanitaire. Je l'ai dit, le 25 mars 2020, ce n'est pas moins de vingt-six ordonnances qui ont été adoptées pour créer des lois d'exception. Ces textes ont été rédigés dans l'urgence et sans aucun recul. La crise sanitaire a été le symbole de la mise en sommeil du Parlement et du tout normatif. Le Gouvernement n'a fait aucune confiance aux individus et à la société civile : tout a été encadré mais sans cohérence. Que l'on

21. Formule employée après la conférence par le professeur Chainais, tirée de la leçon de 24 heures du professeur Valérie Lasserre-Kiesow consacrée à Bruno Oppetit.

22. B. Oppetit, *Droit et modernité*, op. cit., p. 99.

23. L'auteur cite (B. Oppetit, « Présentation », *Droit et modernité*, op. cit., p. 8) ; A. Soljénitsyne, *Le déclin du courage. Discours de Harvard*, 1978, Seuil, 1978, p. 20-21.

24. V. not. B. Oppetit, « Présentation », « L'hypothèse du déclin du droit », « L'apparition de tendances régressives » ou encore « L'omnipotence technocratique et eurocratique », in *Droit et modernité*, op. cit.

25. B. Oppetit, *Droit et modernité*, op. cit., p. 33 et s.

26. B. Oppetit, *Droit et modernité*, op. cit., p. 76.

songe aux attestations de déplacement dérogo- toire prévues par des textes contradictoires. Le droit devient ainsi omnipotent. Il se mêle de tout et il y a de moins en moins de place pour le non- droit, si cher au Doyen Carbonnier.

13. Ce droit technocratique omniprésent est parfois non normatif : c'est le développement des lois symboliques. Il y a là une nouvelle manifestation de l'instrumentalisation de la règle de droit : les textes sont adoptés pour le symbole sans que l'on se soucie de leur effectivité. Les dispositions des lois Hadopi visant à lutter contre la contrefaçon en sont un exemple parfait : alors que la loi vise apparemment à lutter contre le piratage massif des œuvres en ligne, tout est fait pour éviter la sanction des internautes contrefac- teurs²⁷.

14. Le droit moderne peut également se révéler inintelligible. À titre d'exemple, peut être cité le fameux article 78 de la loi de finances pour 2006, abrogé par le Conseil constitutionnel dans une décision du 29 décembre 2005 parce que le texte était incompréhensible pour le contribuable et portait atteinte à la sécurité juridique²⁸. Que dire des vicissitudes de l'article 52 – ancien 24 – de la loi du 25 mai 2021 pour une sécurité glo- bale préservant les libertés qui prévoyait un nou- veau délit de provocation à l'identification d'un policier ou d'un gendarme en opération. Ce texte a été modifié par le gouvernement, retiré du projet puis réécrit par le Sénat et a finalement été censuré par le Conseil constitutionnel en rai- son de son imprécision quant aux éléments constitutifs de l'infraction²⁹.

15. Ce droit technocratique fait en outre préva- loir les valeurs marchandes³⁰. C'est d'ailleurs la finalité même du droit de l'Union européenne :

conçu pour réaliser le marché unique au détri- ment de toute autre considération. Le droit d'au- teur constitue incontestablement l'une des vic- times de cette instrumentalisation du droit. Il apparaît en effet comme un obstacle au marché, à la libre circulation des produits et aux droits des internautes consommateurs. Le monopole de l'auteur est peu à peu réduit sous l'influence des innombrables décisions de la Cour de justice de l'Union européenne³¹.

16. Paradoxalement, Oppetit constate que cet excès de droit aboutit à une résurgence d'institu- tions du passé. Il s'agit là de l'une des tendances régressives dénoncées par l'auteur³². Derrière des apparences de modernité, le droit revient à des mécanismes plus frustes, archaïques. Le droit des sûretés atteste de la pertinence de ce constat. Le droit des procédures collectives a tellement mal- mené les sûretés que le droit de rétention, qui n'est pas qualifié de sûreté et repose sur la main mise matérielle ou fictive sur la chose, apparaît comme le mécanisme le plus protecteur du créancier avec la fiducie-sûreté, cette sûreté réelle rudimentaire qui prive le propriétaire des utilités de son bien. L'ordonnance du 15 sep- tembre 2021 portant réforme du droit des sûre- tés ne remet pas en cause cette tendance : l'effi- cacité du droit de rétention est renforcée tout comme celle des propriétés-sûretés.

B. Un droit pulvérisé

17. Mais le droit moderne n'est pas seulement instrumentalisé, il est aussi pulvérisé. Oppetit déplore ainsi la spécialisation et la technicisation croissantes du droit moderne. La critique revient à plusieurs reprises comme une illustration du déclin du droit, des tendances régressives et de

27. Sur ce point, v. N. Blanc, « Les sanctions en droit de la propriété intellectuelle. L'exemple de la contrefaçon : clair-obscur dans le droit des sanctions », in C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, coll. « Esprit du droit », 2012, p. 299 et s. Et surtout de manière plus générale, v. O. Laroque, *Les lois symboliques*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2021.

28. Cons. const., 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC, n° 69 et s., spéc. n° 84 : « Considérant que la complexité de ces règles se traduit notamment par la longueur de l'article 78, par le caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles- mêmes imbriquées ; que les incertitudes qui en résulteraient seraient source d'insécurité juridique, notamment de malentendus, de réclamations et de contentieux. »

29. Cons. const., 20 mai 2021, n° 2021-817 DC, n° 158 et s.

30. V. spéc., B. Oppetit, « Droit et affaiblissement des valeurs non marchandes : l'exemple du commerce international », *Droit et modernité*, op. cit., p. 205 et s.

31. Sur ce point, v. P.-Y. Gautier, avec N. Blanc, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, LGDJ, 2021, not. n° 36.

32. B. Oppetit, *Droit et modernité*, op. cit., p. 113 et s.

l'influence d'une Europe technocratique³³. L'auteur constate ainsi l'« effritement du droit commun du fait de la multiplication de lois spéciales et des revendications d'« autonomie » de la part de telle ou telle discipline »³⁴ et l'insécurité qui en résulte « du fait de l'extrême difficulté éprouvée à agencer l'articulation des règles générales et des règles spéciales »³⁵. Le phénomène est accentué par le droit de l'Union européenne marqué par « ce mouvement de sectorisation, de parcellisation, d'éclatement des disciplines, qui débouche sur la formation de blocs de normes qui ne sont plus conçus comme des parties d'un tout mais comme des ensembles (ou des sous-ensembles) autonomes sans liens les uns avec les autres »³⁶.

18. L'actualité du droit français témoigne une fois de plus de l'acuité du propos d'Oppetit. Le législateur crée ainsi des règles spéciales sans se soucier de l'articulation avec les règles plus générales. Le droit de la crise sanitaire, encore, l'illustre à merveille. Les textes de circonstances se sont multipliés sans cohérence et sans recul. Le contentieux relatif aux baux commerciaux le démontre. Les ordonnances du 25 mars 2020 ont tenté de protéger les preneurs qui ne pouvaient plus exploiter leur fonds de commerce ni payer leur loyer pendant la période dite de confinement en empêchant le jeu des clauses résolutoires, des astreintes, et plus largement des sanctions du retard dans l'exécution. Mais ces textes ne disent rien de l'invocation par les preneurs de mécanismes issus du droit commun des contrats : la force majeure, l'imprévision ou encore l'exception d'inexécution. Pas davantage, ils n'abordent le droit commun du bail et notamment l'article 1722 du Code civil qui permet la résiliation du bail, sans faute du bailleur, en cas de perte de la

chose assimilée par la jurisprudence à l'impossibilité d'user de la chose³⁷. Saisie de cette question d'articulation des normes, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 3 juin 2021, a analysé les mécanismes issus du droit commun des contrats mais a écarté sans examen, en se fondant sur le caractère très spécial des ordonnances du 25 mars 2020, le jeu de l'article 1722 du Code civil. Autrement dit, les juges ont exclu le droit commun du bail mais pas le droit commun des contrats. Le raisonnement est curieux du point de vue de l'articulation des normes : pourquoi le caractère spécial des ordonnances exclurait-il le droit commun du bail mais pas le droit commun des contrats ? Les auteurs des ordonnances n'ont pas réfléchi à ces difficultés.

19. Le véritable feuilleton relatif au gage sur stock atteste encore de cette spécialisation non réfléchie du droit. On le sait, le gage sur stock a été une création surprise de l'ordonnance du 23 mars 2006. Il a immédiatement instauré le désordre : désordre au regard du droit commercial car, figurant au sein du Code de commerce, ce nouveau gage renouait avec un formalisme strict bien peu adapté aux besoins du commerce ; désordre par rapport au gage du Code civil permettant de gager un stock plus attractif à de nombreux égards. Très vite, la question de savoir si un créancier pouvait choisir le gage du Code civil a été posée aux juges. Oui avaient répondu les juges du fond. Non a martelé la Cour de cassation par deux décisions dont un arrêt rendu en Assemblée plénière le 7 décembre 2015³⁸. Selon la Haute juridiction, « s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du code de commerce et conclu dans le cadre d'une opération de crédit, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne

33. V. not. B. Oppetit, « Présentation », « L'hypothèse du déclin du droit », « L'apparition de tendances régressives » ou encore « L'omnipotence technocratique et eurocratique », in *Droit et modernité*, op. cit.

34. B. Oppetit, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droit et modernité*, op. cit., p. 103 ; dans le même sens, « L'apparition de tendances régressives », *Droit et modernité*, op. cit., p. 116 et s.

35. B. Oppetit, « L'apparition de tendances régressives », *Droit et modernité*, op. cit., p. 116 et s.

36. B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », *Droit et modernité*, op. cit., p. 77 et s.

37. V. not. Civ. 3^e, 8 mars 2018, n^o 17-11.439, *D.* 2018, p. 1117, obs. N. Damas ; *D.* 2018, p. 1511, obs. M.-P. Dumont ; *AJDI* 2018, p. 593, obs. N. Damas.

38. Com., 19 févr. 2013, n^o 11-21.763, *Bull. civ. IV*, n^o 29 ; *D.* 2013, chron. C. cass. 1172, note H. Guillou ; *RTD civ.* 2013, p. 418, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2013, p. 328, obs. B. Bouloc ; *JCP* 2013, n^o 539, note N. Martial-Braz ; *Dr. et pat.* 7-8/2013. 24, obs. L. D'Avout et F. Danos ; *Gaz. Pal.* 2013. 953, obs. M. Mignot ; *Ass. plén.*, 7 déc. 2015, n^o 14-18.435, *Bull.* 2015, *Ass. plén.*, n^o 10, rapport de Mme Planchon et avis de M. Le Mesle ; *D.* 2016, p. 1955, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2016. 416, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2016. 186, obs. B. Bouloc ; *Gaz. Pal.* 2016. 239, obs. S. Piedelièvre ; *JCP* 2016, n^o 57, note J.-J. Ansault et Ch. Gijsbers ; *RDC* 2016. 470, note M. Julienne.

peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession ». Cette jurisprudence a été brisée rapidement, par une ordonnance en date du 29 janvier 2016. Le nouvel alinéa 4 de l'article L. 527-1 du Code de commerce disposait expressément que « Les parties demeurent libres de recourir au gage des stocks prévu au présent chapitre ou au gage de meubles corporels prévu aux articles 2333 et suivants du code civil ». L'ordonnance a en outre tenté d'assouplir le régime du gage sur stock du Code de commerce. Mais quel intérêt de maintenir deux gages sur stock ? Tout ça pour ça : l'ordonnance du 15 septembre 2021 a supprimé le gage sur stock du Code de commerce. Il y a donc là un retour à la cohérence qui doit être salué.

20. Dernière illustration de la pulvérisation et de l'émiettement du droit : la disparition de la cause. La réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance de 2016 a supprimé la cause au nom d'une prétendue modernité, tout en conservant ses applications particulières. C'est dire que la notion qui explique ces mécanismes, leur fondement, a été supprimée. Il y a là une victoire du strict positivisme légaliste : le juge a été privé de son pouvoir d'interprétation.

Même si le constat est inquiétant : le droit, instrumentalisé et pulvérisé, a perdu sa cohérence d'ensemble. Le phénomène n'est pas inéluctable et une reconstruction est possible.

II. La possibilité d'une reconstruction

21. On l'a dit, dans *Droit et modernité*, Bruno Oppetit nous met en garde contre les dérives du droit moderne mais ne se limite pas à un constat pessimiste. En filigrane, dans presque tous ses articles – c'est moins vrai dans les tendances régressives – des pistes sont livrées pour reconstruire le droit et en faire un système juridique, au sens propre du terme, et non un ensemble de normes³⁹. Pour y parvenir, il est nécessaire de prendre du recul et de la hauteur et de repenser

tant la conception du droit (A) que la transmission du droit (B).

A. Repenser la conception du droit

22. Quant à la conception du droit, Bruno Oppetit nous fournit plusieurs directives afin de retrouver la cohérence du système juridique. Il convient tout d'abord de s'ouvrir aux autres disciplines et de dépasser l'approche positiviste. Condamnant le strict positivisme juridique, Bruno Oppetit « inscrivaient sa réflexion dans une perspective pluraliste qui récuse le monopole étatique des sources du droit »⁴⁰. Dans le chapitre intitulé « L'affirmation d'un droit jurisprudentiel », il insiste sur la mission régulatrice, le rôle d'unification du droit que doit remplir la Cour de cassation. Il est favorable à sa saisine pour avis (même en dehors de tout contentieux)⁴¹ et au filtrage des pourvois seul à même de permettre à la Haute juridiction d'exercer son office. Une fois de plus, sa vision est empreinte de modernité. Qu'aurait dit Bruno Oppetit du contrôle de proportionnalité opéré par le juge judiciaire ? En dépit de l'importance qu'il accordait à l'équité, il est possible de penser qu'il l'aurait réprouvé. En effet, un tel contrôle, où règne le cas par cas, témoigne du triomphe des droits individuels. Le juge n'a plus de vision d'ensemble et contribue à la pulvérisation du droit. Loin d'être un facteur de modernité, ce contrôle, imposé au juge français par la Cour européenne des droits de l'homme, constitue davantage une tendance régressive.

23. Bruno Oppetit invite en outre à retrouver la juste mesure du droit. Montesquieu déjà nous rappelait qu'il ne faut « toucher que d'une main tremblante » à la loi et que « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires »⁴². Si la main tremble, ce n'est pas parce que le droit ne doit pas changer mais parce que tout changement doit être réfléchi, notamment au regard de son intérêt et de son articulation avec les règles préexistantes. Ces principes essentiels sont le plus souvent per-

39. Selon l'auteur, le système « présuppose l'unité » et se caractérise par « la solidarité et l'interdépendance des éléments (le) composant » alors que l'ensemble n'est qu'une « juxtaposition » d'éléments. V. B. Oppetit, « L'apparition de tendances régressives », *Droit et modernité*, op. cit., p. 113, note 1.

40. Y. Lequette, préc. Sur ce point, v. not. B. Oppetit, « La survie de la coutume et du droit spontané », *Droit et modernité*, op. cit., p. 41 et s. ; « L'émergence de la lex mercatoria », *Droit et modernité*, op. cit., p. 53 et s. ; « L'affirmation d'un droit jurisprudentiel », *Droit et modernité*, op. cit., p. 65 et s.

41. V. B. Oppetit, « La résurgence du rescrit », *Droit et modernité*, op. cit., p. 153 et s.

42. Montesquieu, *De l'esprit des lois*.

des de vue par le législateur même si certains textes laissent entrevoir un espoir. Dans la réforme des obligations, *in extremis*, la règle permettant d'articuler droit commun et droit spécial des contrats, l'article 1105 du Code civil, a été maintenue et enrichie. Allant dans le même sens, la récente réforme du droit des sûretés réalisée par une ordonnance du 15 septembre 2021 – reprenant les travaux de l'Association Capitant et donc de la doctrine – rassemble dans le Code civil les règles du droit des sûretés, qui étaient jusque-là disséminées dans divers codes et lois. Pour ne prendre qu'un exemple, trois textes différents pouvaient fonder le droit à l'information de la caution sur l'évolution de la dette du débiteur principal. Chacun imposait une date, un contenu et une sanction spécifiques. Désormais, un seul texte subsiste et dans le Code civil.

24. L'idée est la suite de la précédente : il est nécessaire d'identifier des principes généraux, structurants le système juridique. L'auteur les envisage en droit international privé⁴³. Pour autant, le propos est général. La procédure civile a démontré que de tels principes, des principes directeurs avec un contenu précis, pouvaient parfaitement être consacrés⁴⁴. Délaissant le droit naturel, dont la teneur est trop incertaine⁴⁵, Oppetit est favorable à l'essor d'un véritable droit commun européen, un *jus commune*, qui est seul à même d'assurer la survie de l'Europe⁴⁶. Et la restauration de ce droit commun européen incombe à la doctrine⁴⁷.

B. Repenser la transmission du droit

25. Même si l'idée est latente dans de nombreux passages de *Droit et modernité*, c'est surtout dans « Retour à un droit commun européen ? »

que Bruno Oppetit insiste sur la nécessité de repenser la transmission du droit⁴⁸. D'une part, il faut restaurer le rôle de la doctrine. D'autre part, il faut transformer l'enseignement juridique⁴⁹.

26. Bruno Oppetit invite chaque universitaire à l'autocritique. La doctrine ne doit pas succomber à la tyrannie de l'actualité et se contenter d'accompagner le droit positif. Les textes étant de plus en plus nombreux et techniques, les praticiens ont besoin de commentaires. Mais un grand nombre desdits commentaires n'en sont pas en ce que leurs auteurs se bornent à décrire le droit positif, sans recul, sans réflexion et sans regard critique. Cet appauvrissement de la recherche doctrinale a été dénoncé dans un article célèbre écrit en hommage à Bruno Oppetit. C'est la fameuse asphyxie doctrinale décrite par Dominique Bureau et Nicolas Molfessis⁵⁰. Le constat est le suivant : l'augmentation de la production doctrinale – qui répond à l'excès de normes – s'accompagne d'une diminution de la rigueur scientifique⁵¹. Or, comme le soulignent avec force ces auteurs « l'information n'est pas l'opinion »⁵². La description du droit positif ne suffit pas ! Ainsi que le relevait Bruno Oppetit, la doctrine ne peut se contenter de livrer « de simples photographies de l'état actuel des réglementations et des jurisprudences »⁵³. Il revient à la doctrine de prendre du recul, de ne pas « s'enfermer dans des spécialités de plus en plus étroites »⁵⁴ et de revenir au socle commun. Elle doit rechercher le sens et les fondements afin de retrouver la cohérence – si elle existe – du droit positif. L'un des mérites du concours d'agrégation est d'évaluer les candidats sur un socle commun lors de la deuxième épreuve. Avant la spécialisation, l'épreuve de spécialité, il y a les principes. Que se passera-t-il en cas de suppres-

43. B. Oppetit, « L'ascension des principes généraux : l'exemple du droit international privé », *Droit et modernité*, *op. cit.*, p. 83 et s.

44. V. B. Oppetit, « Motulsky », *Droit et modernité*, *op. cit.*, p. 255 et s.

45. Sur ce point, v. le Titre premier de la 4^e partie intitulé « La tentation du droit naturel », p. 219 et s.

46. B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen ? », *op. cit.*, p. 73 et s.

47. *Ibid.*, p. 80 et s.

48. Il revient ici sur les idées de certains auteurs notamment René David ou encore Rodolfo Sacco pour qui la restauration du droit commun européen ne peut être réalisée que grâce à la doctrine.

49. Sur ces deux idées, v. B. Oppetit, *Droit international privé, droit savant*, cours à l'Académie de La Haye, *Rec. des cours*, 1992-III, t. 234, p. 339 et s.

50. D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, LexisNexis, 2009, p. 45 et s.

51. D. Bureau et N. Molfessis, *préc.*, spéc. p. 61, n° 27.

52. D. Bureau et N. Molfessis, *préc.*, spéc. p. 63, n° 28.

53. B. Oppetit, *Droit et modernité*, *op. cit.*, p. 82.

54. B. Oppetit, *Droit et modernité*, *op. cit.*, p. 82.

sion du concours ? Les professeurs seront recrutés au regard de leur domaine de spécialité. Autrement dit, on enfermera un peu plus la doctrine dans un champ disciplinaire.

27. La transformation de l'enseignement juridique est également nécessaire. Parce que « le droit enseigné à une tendance naturel à influencer le droit appliqué »⁵⁵, le rôle de l'enseignement est central. Les enseignants ne doivent pas se contenter de présenter à leurs étudiants une photographie du droit positif. Une ouverture vers les autres disciplines est nécessaire afin de développer la curiosité des étudiants et plus tard leur capacité « de réflexion et de proposition »⁵⁶. Les mots d'Oppetit doivent être cités : « les universitaires doivent impérativement prendre conscience, devant l'accélération et l'instabilité des réglementations nationales et européennes, de la différence entre la fonction du droit ensei-

gné et celle du droit applicable : une formation juridique générale, axée sur des connaissances de base et une méthodologie d'accès aux solutions des problèmes de base, peut seul permettre à de futurs juges, avocats ou conseils juridiques d'assimiler et d'appliquer des textes nouveaux »⁵⁷. Le conseil est clair. L'enseignement du droit ne doit pas tendre à « l'acquisition de connaissances techniques, parcellaires et très spécialisées »⁵⁸. Il doit être centré sur la méthodologie, les grands principes afin de favoriser l'esprit critique des futurs juristes. Les universitaires ont pour partie entendu ce conseil. Le développement récent des collèges de droit est en ce sens : ces formations sélectives permettent l'acquisition d'une culture juridique de base générale et transversale ouverte aux autres sciences humaines et sociales⁵⁹. Sans doute ne faudrait-il pas réserver cela à une élite. En somme, tout se joue à l'université !

55. B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », *Droit et modernité*, p. 81.

56. *Ibid.*, p. 82.

57. *Ibid.*, p. 81.

58. *Ibid.*, p. 81.

59. V. par ex. les objectifs du collège de droit d'Assas ou de la Sorbonne.

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *revue*.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit
par courrier électronique à l'adresse suivante :
revuededroitdassas@gmail.com*

Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique, elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance, à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité, vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.u-paris2.fr

**NOTRE EXPERTISE - NOS GARANTIES
VOTRE SÉCURITÉ**



ADD
■ ASSOCIÉS

Généalogie successorale
Recherche d'héritiers

SIÈGE SOCIAL : 4, avenue du Coq - 75009 PARIS - Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91 - contact@add-associes.com

AIX-EN-PROVENCE ■ BAYONNE ■ BEAUNE ■ BESANÇON ■ BORDEAUX ■ BOURGES ■ CAEN
CLERMONT-FERRAND ■ LA ROCHELLE ■ LE MANS ■ LILLE ■ LYON ■ METZ ■ MONTPELLIER ■ NANCY
NANTES ■ NICE ■ REIMS ■ RENNES ■ ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE ■ VALENCE



HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

www.add-associes.com

Membre de Généalogistes de France



Généalogistes
de France